

El problema de las transfusiones de sangre y la transmisión del VIH

Realidad y respuestas del derecho
para la protección del paciente

Olenka Woolcott Oyague • Tania Giovanna Vivas Barrera
Tary Cuyana Garzón Landínez

PRIVADO

8

JUS-Privado es la colección que presenta los resultados de investigación, reflexión y análisis sobre las instituciones de derecho privado, en especial las referidas a propiedad intelectual, derecho agrario, derecho de las obligaciones, negocio jurídico, y sus desarrollos en el plano de la internacionalización.

La colección contribuye a difundir las nuevas lecturas de los institutos jurídicos tradicionales, resultado de los avances en la investigación jurídica y sociojurídica, propiciando el pensamiento crítico y la actualización permanente del conocimiento en la comunidad académica.

OTROS TÍTULOS DE ESTA COLECCIÓN JUS-PRIVADO:

- Aprendizaje colaborativo en el estudio del derecho de sociedades
- El concepto de patrimonio y su aplicación en España
- Cláusulas de irresponsabilidad. Entre asimetría, equilibrio y abusividad
- Evidencia digital, distribución musical y derecho de consumo
- El contrato de compraventa consensual. Vicisitudes de la fisionomía
- Derecho de obligaciones. Aproximación a la praxis y a la constitucionalización
- Aplicación de la Teoría de la Imprevisión en el derecho alemán tras la reforma de 2002. Ventajas y breves alusiones al caso colombiano

Olenka Woolcott Oyague

Abogada de la Universidad de Lima, doctora en Derecho de los contratos y obligaciones de la Scuola S. Anna, Pisa. Docente e investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, líder del Grupo de estudio de derecho privado y propiedad intelectual de la misma Facultad.

odwoolcott@ucatolica.edu.co

Tania Giovanna Vivas Barrera

Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia, magíster en Derecho Público de la Universidad de Lyon 3, Francia, magíster en Derechos Humanos de la Universidad de Grenoble II, Francia, doctoranda en Derecho Público de la Universidad de Pau, Francia. Docente e investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

tgvas@ucatolica.edu.co

Tary Cuyana Garzón Landínez

Abogada de la Universidad del Rosario, magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Docente e investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

tcgarzon@ucatolica.edu.co

Olenka Woolcott Oyague • Tania Giovanna Vivas Barrera
Tary Cuyana Garzón Landínez

El problema de las transfusiones de sangre y la transmisión del VIH

Realidad y respuestas del derecho
para la protección del paciente



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Woolcott Oyague, Olenka

El problema de las transfusiones de sangre y la transmisión del VIH : realidad y respuestas del derecho para la protección del paciente / Olenka Woolcott Oyague, Tania Giovanna Vivas Barrera y Tary Cuyana Garzón Landínez.-- Bogotá : Universidad Católica de Colombia, 2017

141 páginas : 17 x 24 cms. --(colección Jus privado; no. 8)

ISBN: 978-958-8934-64-8 (impreso)

ISBN: 978-958-8934-65-5 (digital)

I. Título II. Serie. III. Vivas Barrera, Tania Giovanna IV. Garzón Landínez, Tary Cuyana

1. Responsabilidad médica-Colombia 2. Práctica médica-Colombia 3. Medicina-Ética profesional 4. VIH

Dewey 346.0332 ed. 21

Proceso de arbitraje

1er concepto

Evaluación: 3 de marzo de 2017

2do concepto

Evaluación: 6 de marzo de 2017

© Universidad Católica de Colombia

© Olenka Woolcott Oyague

Tania Giovanna Vivas Barrera

Tary Cuyana Garzón Landínez

Primera edición, Bogotá, D. C.

Marzo de 2017

Dirección Editorial

Stella Valbuena García

Coordinación Editorial

María Paula Godoy Casasbuenas

Corrección de estilo

Gabriela de la Parra M.

Diseño de colección

Juanita Isaza

Diagramación

Mauricio Salamanca

Publicación digital

Hipertexto Ltda.

www.hipertexto.com.co

Bogotá, D. C., Colombia

Impresión

Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.

Bogotá, D. C., Colombia

Facultad de Derecho

Carrera 13 N° 47-49

Bogotá, D. C.

derecho@ucatolica.edu.co

Editorial

Universidad Católica de Colombia

Av. Caracas N° 46-72, piso 5

Bogotá, D. C.

editorial@ucatolica.edu.co

www.ucatolica.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni total ni parcialmente o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo del editor.

Hecho el depósito legal

© Derechos reservados

Una sola hoja puede hacer que un árbol florezca.

De ti depende... Dona sangre. Regala vida (Anónimo)

CONTENIDO

Prólogo	9
Introducción	13
Capítulo 1. El riesgo de contagio por transfusión de sangre.	
Caracterización del problema de imputación de la responsabilidad civil	17
Consideraciones previas	17
El rol de la responsabilidad civil frente a actividades dañosas y la incidencia de la tecnología	20
La oportunidad de considerar el concepto de precaución frente a la probabilidad de contagios por vía transfusional	23
Las infecciones transmitidas por la sangre: ¿Un riesgo conocido y evitable? Implicaciones de la tipología del riesgo frente a una imputación de responsabilidad	25
Los riesgos conocidos y desconocidos de la transfusión de sangre: incidencia en la imputación de la responsabilidad	28
La calificación de la sangre como bien riesgoso y sus implicaciones en la imputación de responsabilidad	31
Capítulo 2. La imputación de responsabilidad por transfusión de sangre.	
Diversos enfoques frente a la indemnización del paciente transfundido	33
La experiencia estadounidense de la responsabilidad por transfusiones de sangre	33
La experiencia francesa en la responsabilidad por transfusiones de sangre	35
Las experiencias estadounidense y francesa en confrontación	37
La estructura institucional del “sistema sangre”	37

La diferencia originaria en las soluciones jurisprudenciales en Estados Unidos y Francia	39
La imputación de responsabilidad por culpa como una primera respuesta frente a los daños derivados de la transfusión de sangre	48
Insuficiencia de la culpa para garantizar el derecho del paciente infectado por una transfusión de sangre: un análisis desde la experiencia estadounidense.....	51
Imputación de una responsabilidad agravada como segunda respuesta frente a los daños derivados de la transfusión de sangre: hacia la responsabilidad objetiva	54
La sangre como producto y la imputación de una responsabilidad objetiva	56
Tratamiento del problema de imputación de la responsabilidad en la experiencia jurídica colombiana por medio de una revisión jurisprudencial.....	59
Capítulo 3. VIH/sida y el conflicto armado en Colombia.....	69
Consideraciones previas	69
Revisión histórica de la atención de la epidemia de contagios	
VIH/sida en el mundo.....	71
Atención y estado actual de la epidemia en Colombia.....	77
Sistema de salud y control del VIH/sida en Colombia.....	77
Modos de transmisión del VIH MoT.....	82
Sida y conflicto armado en Colombia.....	84
Factores de riesgo del VIH en conflictos armados	86
Expansión de la epidemia en situaciones posbélicas.....	89
Situación de la epidemia del VIH/sida y el conflicto armado colombiano.....	92
Capítulo 4. Realidad y respuestas del Sistema general de seguridad social en salud al problema del VIH y las transfusiones de sangre en Colombia	97
Consideraciones previas	97
El modelo de aseguramiento en salud para las personas que padecen VIH	100
Marco normativo nacional e internacional para las personas que padecen VIH ...	101
Normas internacionales en materia de VIH: el enfoque normativo en la hemotransfusión.....	102
Marco de prevención de contagio frente al VIH/sida por hemotransfusión.....	104
Análisis jurisprudencial frente a la prestación de servicios de salud a personas con VIH.....	108
La prestación de los servicios de salud con integralidad para pacientes con VIH.....	110
Responsabilidad frente al contagio de VIH por transfusión sanguínea	111

Conclusiones	115
Referencias	121
Anexos	133
Anexo 1. Copatrocinadores de Onusida	133
Anexo 2. Reportes anuales de Onusida	136
Anexo 3. Control de la epidemia del VIH/sida en Colombia 2000-2016 discriminado por sexo	137
Anexo 4. Comportamiento del VIH en Colombia por áreas geográficas o departamento	137
Anexo 5. Elementos característicos de los planes para el control del VIH/sida en Colombia	138
Anexo 6. Regulaciones colombianas en materia de VIH/sida.....	139

PRÓLOGO

Hasta el momento, a pesar de todos los esfuerzos de tamizaje existentes, no se puede garantizar que no exista riesgo de contagio de enfermedades, ya que siempre se pueden presentar efectos secundarios.

En procedimientos específicos intra y posquirúrgicos indispensables para salvar la vida del paciente es obligatorio contar con el consentimiento informado del paciente o de sus familiares para hacer una transfusión o la aplicación de hemoderivados.

Es importante cumplir cuidadosamente los protocolos al respecto, para evitar los posibles errores humanos. En estas condiciones se previene la transmisión de VIH, el virus de la hepatitis B (VHB) y el virus de la hepatitis C (VHC); además, se deben hacer las pruebas de inmunoensayo enzimático (Elisa) en cadena con el de la polimerasa (PCR), la prueba de amplificación de ácidos nucleicos (NAT) y la serología. El tamizaje en los bancos de sangre para detectar VIH, VHC y VHB en todas las muestras es indispensable. Asimismo, la selección del donante debe ser muy cuidadosa.

Esta obra nos presenta una clara y precisa información sobre la responsabilidad civil existente en la transfusión sanguínea. Las investigadoras se enfocaron en la Ley 100 de 1993, sus pros y sus contras, con una objetividad jurídico-científica que el Gobierno nacional y los entes deberían analizar, para que haya un control real de este problema de salud pública, se evite la propagación y se prevenga la contaminación por transfusión.

En Colombia, de acuerdo con la normativa, los bancos de sangre están obligados a hacer las siguientes pruebas de tamizaje en la sangre donada: HIV tipo 1 y 2, anticuerpos para el virus de la hepatitis C, antígeno de superficie del virus de la hepatitis B (HBsAg), anticuerpos contra el *Trypanosoma cruzi* (enfermedad de Chagas), serología para sífilis y gota gruesa para *Plasmodium* en zonas endémicas según los informes epidemiológicos. El Instituto Nacional de Salud recomienda anticuerpos HTLV 1 y 2 anticuerpos contra el antígeno central del virus de la hepatitis B (anti-HBc).

No basta con la inclusión en el Artículo 48 de la Constitución Política “se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social” ni del Artículo 49, modificado por el Artículo 1 del Acto legislativo 2 de 2009:

[...] la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud [...].

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Pese a lo anterior y al Acuerdo 117 de 2008, emanado del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, no se ve una aplicación oportuna y una difusión educativa eficaz entre los sectores de vulnerabilidad, para garantizar la prevención, el tratamiento y el control objetivo de esta realidad.

Mediante la Ley 972 de 2005, Colombia estableció el control del VIH, con sanción para quien no cumpla el Decreto 3039 de 2007 y con la obligación explícita de las EPS a dar tratamiento, hacer seguimiento y controlar a estos pacientes.

En la Circular 063 de 2007 del Ministerio de Protección Social se reitera el deber de hacer las pruebas diagnósticas del VIH.

En esta obra se revisan todas las normas existentes: los Decretos 1571 de 1993, sobre bancos de sangre y 1543 de 1997, reglamentario del manejo de infección del VIH, así como las Resoluciones 55/2 del 8 de septiembre de 2000, 1983 de 2011, 1308 de 2000 y 5513 del 13 noviembre de 2000 y 65/277 de 2011 de la Asamblea de la ONU; esta última recomienda establecer comités de transfusión y hemovigilancia en hospitales (OMS).

Las investigadoras ofrecen un análisis objetivo sobre la atención a personas vulnerables, beneficiarias de subsidios que les permiten acceder al tratamiento,

pertenecientes tanto al régimen contributivo como al no contributivo, quienes presentan el más alto índice de riesgos para contraer VIH, VHB y VHC, entre otras enfermedades contagiadas por vía transfusional. El análisis jurídico comprende no solo aquellos efectos indemnizatorios que puede generar un daño como consecuencia de una transfusión de sangre, sino que se extiende a un enfoque desde los derechos humanos y a otro desde la seguridad social para aportar completitud al análisis, en atención al estado de la jurisprudencia en esta materia.

Bajo la objetiva dirección de la doctora Olenka Woolcott Oyague, las doctoras Tania Giovanna Vivas Barrera, Tary Cuyana Garzón Landínez y sus colaboradores hacen un gran esfuerzo para examinar la jurisprudencia nacional e internacional al respecto, para entregar a los juristas y a la comunidad científica una magistral obra que la academia necesitaba con urgencia.

Gilberto Triana Molina
Médico general
PhD Psicología Clínica
Cambridge University

INTRODUCCIÓN

El presente libro es el resultado de investigación de los proyectos “Los retos del derecho privado contemporáneo en el contexto del debate constitucional y los nuevos desarrollos de la economía”, del Grupo de estudio de derecho privado y propiedad intelectual y “La convencionalización del derecho: el caso del ordenamiento jurídico colombiano desde la justicia multinivel y el posconflicto”, que forma parte de la línea de investigación Fundamentos e implementación de los derechos humanos del grupo de investigación Persona, instituciones y exigencias de justicia. Dichos grupos hacen parte de la Universidad Católica de Colombia. Esta obra parte de una preocupación por la probabilidad que existe de transmitir enfermedades mediante transfusiones de sangre. Dicha preocupación se confirma en los reiterados documentos e informes de instancias internacionales de la salud, como la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la Organización Panamericana de la Salud (OPS, 2012). En ellos se proporciona a los países una serie de directivas para que procuren contar con una organización eficaz y con redes de suministro de la sangre relativas a las actividades de extracción, verificación, tratamiento, almacenamiento y distribución, para buscar la cualidad y seguridad del fluido¹.

.....
1 La OMS (2015) precisa en su Nota descriptiva N° 279, de junio, que “las transfusiones de sangre salvan vidas y mejoran la salud, pero muchos pacientes que necesitan transfusiones no tienen acceso a sangre segura cuando la necesitan”.

La propia OMS (2005) ha destacado en uno de sus informes que:

[...] las transfusiones sanguíneas son un componente fundamental de la atención sanitaria, y la necesidad de un acceso equitativo a la sangre segura es universal. La seguridad de la sangre es parte integral del plan de la OMS sobre el VIH/SIDA para acelerar la prevención de la infección por el VIH y lograr los objetivos de desarrollo del milenio.

La misma Organización recomienda que toda sangre donada sea sometida a exámenes para la detección de infecciones antes de su uso, en particular de VIH, hepatitis B y C y sífilis, lo que debe llevarse a cabo en el marco de un sistema de calidad. Sin embargo, los datos recogidos por la OMS revelan que la “prevalencia de infecciones transfusionales en los países de ingresos altos es muy inferior a la de los países de ingresos medios y bajos”, información que evidencia que el riesgo de transmisión de enfermedades por las transfusiones sigue siendo un problema mundial (OMS, 2015).

Un estudio de la Organización Panamericana de la Salud (OPS, 2013) desarrollado en los países de la subregión andina (Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela)² concluye que, si bien existe en ellos la legislación que impone la realización de las pruebas de confirmación de agentes contaminantes en la sangre, no todos la cumplen. En otras palabras, mostró que el cumplimiento de las normas en esta materia es bajo, lo que es coherente con los datos que aporta la OMS.

La OPS advierte la necesidad de reforzar el trabajo rector de los programas nacionales de sangre para que se vigile el cumplimiento de la normatividad existente. Del mismo modo, se puede inferir que los casos de contagio por transfusión de sangre revelan la existencia de un problema que está vigente en la sociedad latinoamericana y que exige ser abordado desde diversas perspectivas del conocimiento.

El objetivo del presente estudio es aportar reflexiones sobre el tratamiento jurídico que se puede dar a este problema, en primer lugar, desde la perspectiva de la responsabilidad civil. En seguida, se exploran los problemas relativos a la

2 Según la OPS (2013): “La situación normativa en los países de la Subregión no ha sido objeto de considerables modificaciones legales, desde el año 2009. Colombia y Chile han aprobado la mayor normativa legal respecto a la seguridad transfusional. Varios países de la Subregión no han incluido los enfoques de derechos humanos, accesibilidad e inclusión en su legislación referida a la seguridad transfusional”.

sangre, en particular los contagios de VIH en el conflicto armado en Colombia; con ello se busca poner de relieve un enfoque de derechos humanos. Luego se examina la transmisión de enfermedades desde el ángulo de la seguridad social.

Estas perspectivas amplían el espectro de estudio que concierne a la sangre por su especial naturaleza y las consecuencias que de ella derivan en el plano jurídico. Se abordan aspectos fundamentales, como es el caso de los efectos de los contagios por transfusión de sangre desde el plano individual —con la eventual indemnización de los daños— o desde el plano social, con un enfoque de los derechos humanos y de la seguridad social.

A partir de la primera postura, se trata de evidenciar la necesidad de una indemnización a un paciente sometido a una transfusión de sangre por la cual se transmitió una enfermedad de gravedad considerable. En esta línea, se revisan las respuestas que, en el estado actual de la responsabilidad civil, han germinado frente al problema de daños por transfusión en unos sistemas jurídicos como el estadounidense y el francés, en las cuales existe una tendencia favorable a la reparación del paciente víctima de contagio.

La segunda perspectiva corresponde a un enfoque de los derechos humanos y los contagios por la sangre. Tiene como propósito exponer los derechos fundamentales del individuo que pueden verse afectados con ocasión de este hecho.

Por último, el estudio ofrece una tercera perspectiva que evidencia la necesidad de un sistema de seguridad social adecuado que brinde respuestas de cobertura indemnizatoria a los casos de contagios de un virus letal como es el VIH, transmisible³, entre otras, por vía transfusional.

.....
3 Las vías de transmisión del VIH son limitadas. La Medicina señala que este virus se transmite por contacto sexual, por transfusiones de sangre de productos derivados contaminados, por compartir o usar repetidamente agujas contaminadas y por la madre al hijo durante el embarazo, el parto o la lactancia (Triana, 1991).

EL RIESGO DE CONTAGIO POR TRANSFUSIÓN DE SANGRE. CARACTERIZACIÓN DEL PROBLEMA DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL *

Consideraciones previas

Las transfusiones de sangre son procedimientos médicos que se caracterizan por un elevado grado de riesgo inherente a ese fluido. Su naturaleza insegura determina que los actos médicos que tienen por objeto este componente del cuerpo puedan acarrear consecuencias dañosas en los pacientes que se someten a este recurso, pues constituye un vehículo de transporte de enfermedades.

La sangre es un elemento esencial en la asistencia sanitaria y puede convertirse en un producto en extremo peligroso para la salud humana. Se podría atribuir una suerte de ambivalencia trágica a la sangre debido a sus características, pues por un lado, mantiene un nexo entre los rituales y la magia que en el pasado han asociado este líquido y el poder sobrenatural de transmitir la energía vital y la inmortalidad con la moderna consideración científica de que es una sustancia terapéutica esencial e insustituible, que la civilización tecnológica ha aprendido a

* Este capítulo es resultado de investigación del proyecto “Los retos del derecho privado contemporáneo en el contexto del debate constitucional y los nuevos desarrollos de la economía”, del Grupo de estudio de derecho privado y propiedad intelectual, dirigido por Olenka Woolcott, adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

utilizar para prolongar la vida (Nelkin, 1999). Por otro lado, persiste una antigua idea de que la sangre es una sustancia impura, junto al esfuerzo que la ciencia biomédica ha hecho para reducir el riesgo iatrógeno que subyace en las aplicaciones del líquido hemático. Se dice así que el mito de la ambivalencia de la sangre ha sobrevivido con el paso de la modernidad para adoptar nuevos temores y nuevas esperanzas. Cabe citar a propósito el descubrimiento de los grupos sanguíneos por Karl Landsteiner a inicios del siglo XX, lo que ha representado un progreso traducido en el incremento de los beneficios terapéuticos que se pueden obtener de la sangre y la disminución progresiva del riesgo iatrógeno que se deriva del tratamiento transfusional.

Esta gran transformación se debe a la innovación científico-tecnológica que ha cambiado la faz de la actividad terapéutica, que suponía la presencia física del donante junto al receptor, bajo la supervisión de un médico que solo podía manifestar que el examen objetivo externo del donante no revelaba síntomas patológicos; hoy, la sangre puede ser transfundida en el organismo del paciente por medio de un proceso de preparación y control dominado por la tecnología.

Sin embargo, la aparición del VIH y los efectos alarmantes de esa enfermedad en el mundo han comprometido la confianza inspirada por la tecnología médica y depositada en la gestión del riesgo transfusional. El mito de la impureza de la sangre ha encontrado una actualización con el VIH, con lo que ha cambiado el modo de percibir el valor terapéutico de la sangre objeto de transfusión o base de preparación de fármacos hemoderivados (Scott y Freeman, 1992).

En la actualidad, la ciencia transfusional no garantiza la absoluta inmunidad esperada y así se ha precisado incluso en los propios textos legislativos que regulan la materia⁴. Frente a ello, terminan siendo los jueces quienes reciben en última instancia los casos de pacientes que actúan con el convencimiento de que algo ha debido realizarse o no ha funcionado.

Si bien en la mayoría de Estados el marco legislativo general contempla la exigencia de una serie de controles y técnicas para reducir el riesgo de contagio por la actividad transfusional o la producción de hemoderivados, es fundamental que desde el punto de vista institucional se establezcan los mecanismos de control y vigilancia por medio de los órganos administrativos correspondientes, con

4 En Italia, el Artículo 19 del Decreto de 15 de enero de 1991 expresa: "[...] la transfusión de sangre, de hemocomponentes y hemoderivados constituye una práctica terapéutica no exenta de riesgos" (Ministero della Sanità, 1991).

la capacidad suficiente para establecer normas y estándares técnicos. Aun cuando este es un elemento institucional imprescindible para la gestión del riesgo, no puede ser considerado el único mecanismo para prevenir el riesgo que dichas actividades comportan; por tanto, resulta insuficiente por sí solo para garantizar seguridad a los pacientes que deben someterse a transfusiones de sangre.

Es indiscutible que el empleo terapéutico de la sangre conlleva a la exposición del receptor a un peligro que, aunque puede ser reducido en gran medida, no puede ser eliminado. Estamos ante una “elección trágica”, para seguir la fórmula calabresiana (Calabresi y Bobbit, 1978): aun cuando estamos frente a actos que comportan una amenaza particular para la salud de los pacientes, no puede dejar de recurrirse a la actividad transfusional o al uso de productos hemoderivados dentro de los tratamientos médicos prescritos.

La posibilidad de que la sangre transporte enfermedades de un sujeto a otro, por una transfusión, determina el interés del tema en los estudios sobre la responsabilidad civil y a un supuesto de responsabilidad por transfusión de sangre. Esta perspectiva de análisis presupone la presencia de un daño cierto. Todo lo que se haga o se deba practicar antes de la aplicación de una transfusión será objeto de valoración en términos de prevención del daño. Además, puede incidir en una eventual determinación del criterio de imputación tendiente a establecer la responsabilidad, la cual se puede proyectar desde el derecho administrativo y el derecho penal, mediante sanciones a aquel que infringe las normas de prevención⁵ y también, en parte, desde la institución de la responsabilidad civil, mediante la imputación de los daños para fines indemnizatorios a las víctimas que sufren las consecuencias negativas de una transfusión.

En este sentido, es necesario, en primer lugar, definir las características de la sangre en cuanto bien constitutivo del cuerpo humano que, al ser susceptible de regenerarse en el propio organismo, puede ser objeto de donación, tratamiento y transfusión a otro que así lo requiera. En esta parte se destacan algunos conceptos como el principio de precaución, el cual adquiere relevancia en el desarrollo de la responsabilidad civil.

.....
5 La perspectiva de la prevención de los daños por transfusión de sangre se examina en el Capítulo 4, con énfasis en la transmisión del VIH. Respecto a este, los Estados y organismos internacionales han dictado diversas normas para prevenir la transmisión de la enfermedad. Colombia también tiene una política de prevención; sin embargo, cabe preguntarse si la normativa vigente es suficiente.

En segundo lugar, se abordan las opciones que tienen las víctimas de eventuales daños derivados de una transfusión con propósitos indemnizatorios. El examen se hace desde la institución de la responsabilidad civil y bajo el prisma de la comparación jurídica, lo que facilita confrontar soluciones variadas, según el sistema jurídico que las proponga.

En los dos primeros capítulos se trata de determinar si las reglas vigentes de la responsabilidad civil que contienen los criterios de imputación son adecuadas para endilgar la responsabilidad por los daños derivados del acto médico de transfusión de sangre; de no ser así, se apunta a definir cuáles pueden ser las respuestas que ofrece la institución de la responsabilidad civil para indemnización por daño postransfusional, bajo la mirada del derecho comparado.

El primer capítulo parte de una revisión de las particularidades de la sangre como objeto de los actos de transfusión y de su tratamiento en el derecho. En el segundo capítulo se analizan las respuestas que se han dado al problema desde el derecho comparado, concernientes a la determinación del fundamento de imputación de responsabilidad por daño derivado de una transfusión. Todo ello conducirá a identificar las opciones que tiene un sistema jurídico para reparar a las víctimas de estos daños.

El rol de la responsabilidad civil frente a actividades dañosas y la incidencia de la tecnología

La responsabilidad civil —institución que repara los daños cuando hay relación causal entre el hecho productor del daño y este último y se verifique el criterio de imputación correspondiente— puede cumplir un rol importante, junto con la tutela administrativa activada por los órganos de control establecidos por ley, aunque no alcance los mínimos necesarios para cubrir a los pacientes frente al riesgo que comporta una transfusión.

El problema que plantea el daño por contagio de transfusión sanguínea nos conduce a retomar la confrontación sostenida a lo largo de la evolución de la responsabilidad civil entre la culpa y la responsabilidad objetiva y a verificar si las normas pueden satisfacer las exigencias de reducir el riesgo de la actividad transfusional (Ponzanelli, 1992).

Es cierto que existen diversas vías para activar la prevención de daños, entre ellas, la sanción penal, el propio mercado y las normas administrativas (incluida la responsabilidad civil) y también lo es que una de esas vías, por sí sola, no es suficiente para lograrlo. Por tanto, es preciso que cada vía cumpla con los fines propuestos y se armonicen en función del propósito final: la tutela de la persona humana.

Este abanico de mecanismos institucionales debe ser tenido en cuenta al interpretar las normas de la responsabilidad civil, pues nos encontramos ante una actividad que ha visto reconocida su aptitud de generar daños. De allí urge la preocupación del Legislador por regularla y que tales daños a la persona sean calificados muchas veces como “inevitables”; ello nos remite de nuevo al pensamiento de Calabresi y Bobbit (1978) sobre la “elección trágica”, en el sentido de que en la sociedad se autorizan actos potencialmente dañosos por su alta utilidad social.

Esta peculiaridad del daño postransfusional exige buscar la norma de responsabilidad civil más acorde con sus características y tener en cuenta los cambios en el acto transfusional. El avance tecnológico y el incremento de las expectativas de bienestar social han desempeñado un rol fundamental en la aplicación de tales normas; mal haríamos al emplear criterios normativos de visión decimonónica como divulgar por doquier el principio “pas de responsabilité sans faute” (Rodotà, 1964).

El criterio subjetivo u objetivo de imputación del daño por contagio transfusional debe elegirse de acuerdo con una visión flexible y funcional de las normas de la responsabilidad civil, de modo que se incentiven comportamientos que prevengan y reduzcan al mínimo este tipo de riesgos; en todo ello ejercerá influencia directa la evolución de la tecnología y organización en la actividad potencialmente dañosa⁶.

Esta es la perspectiva que acompaña la moderna responsabilidad civil, desde cuando la irrupción de la máquina y el desarrollo de la producción en masa determinaron un cambio: se pasó de una mirada netamente sancionadora del agente del daño a otra reparadora, que ubica a la víctima en el centro del sistema de la responsabilidad. En esta línea, debe buscar nuevas razones, aparte del tradicional

6 La perspectiva de la prevención ha sido abordada en la doctrina estadounidense, difundida a otras latitudes. (Rabin, 1989; Schwartz, 1994).

principio de la “culpabilidad”, esta vez de carácter objetivo para satisfacer las exigencias de tutela de la víctima de daños⁷.

La doctrina comparada refiere la existencia de una triangulación entre avance tecnológico, aumento de las expectativas sociales de gestión del riesgo y responsabilidad civil (Izzo, 2007). Dicha triangulación ofrece gran interés para el intérprete de la responsabilidad civil, toda vez que le permite reconocer que las normas de la responsabilidad pueden ser útiles para presionar en la reducción del retardo que la propia tecnología despliega en el transcurso de su desarrollo, entre el momento de la innovación tecnológica y la implementación. Lo trascendente de la disponibilidad de los medios tecnológicos es que posibilitan extraer el riesgo de daño de una cláusula fundamental de exoneración de la responsabilidad civil, cual es el caso fortuito, así como también ejercen influencia en la determinación del daño resarcible, respecto a la cuantificación del daño.

De esta manera, se toma conciencia de que los efectos de la tecnología se presentan en la interpretación y aplicación de las normas de la responsabilidad civil como una cuestión no solo de interés teórico, sino también práctico, porque está en juego la determinación del sujeto a quien se imputa el daño.

El problema que surge a raíz del desarrollo tecnológico y de la responsabilidad civil supera lo proyectado para estas líneas, por lo que se propone para una posterior investigación; basta referirlo como marco de nuestra reflexión. Si la tecnología, por un lado, incrementa la potencialidad lesiva del daño, por otro, se orienta a poner bajo control el peligro transformándolo en riesgo para reducir las posibilidades estadísticas de que se realice el daño. La responsabilidad civil encuentra su espacio como reguladora de conductas. Se destaca su capacidad de incentivar el comportamiento adecuado, sea para definir los parámetros del cuidado óptimo que se pide a un sujeto diligente o para determinar aquellas actividades que, en la lógica del “cheapest cost avoider” (Calabresi, 1970), deben ser reguladas mediante una norma de “strict liability” o responsabilidad objetiva.

Con el progreso tecnológico va aparejada la obligación de manejar la información necesaria para prevenir el riesgo. Así, en aquellos países con alto desarrollo tecnológico, se busca que quien responda por el daño causado sea aquel que

7 Sobre la influencia de la producción de masa y generación de daños derivados de productos se ha explicado que la jurisprudencia ha abandonado el criterio de imputación subjetiva y ha dado paso a criterios de responsabilidad objetiva (Trimarchi, 1961; Alpa, 1990; Carnevali, 1989; Busnelli, 1976; Woolcott, 2007).

•El riesgo de contagio por transfusión de sangre•

está en condiciones de informarse y hacer todo lo posible para evitarlo; sobre él debe recaer la responsabilidad.

Hemos tratado de esbozar elementos de juicio y valorativos para entender cómo se ha afrontado en el derecho el problema del daño postransfusional, desde la perspectiva de las normas de la responsabilidad civil y el objetivo de la seguridad del paciente. Este difícilmente se logrará si no tomamos conciencia de que el desarrollo tecnológico condiciona un replanteamiento tanto doctrinario como jurisprudencial del criterio subjetivo u objetivo de atribución de este tipo de daño.

Tales consideraciones nos posibilitarán verificar si el régimen de la responsabilidad civil se presta a auxiliar a los otros mecanismos institucionales de tutela del paciente, en especial administrativos, para la gestión del riesgo del daño postransfusional.

La oportunidad de considerar el concepto de precaución frente a la probabilidad de contagios por vía transfusional

Antes de avocarnos al examen sobre el rol que las normas de la responsabilidad civil pueden tener frente a eventos dañosos derivados de contagio por transfusión sanguínea, es preciso considerar el problema que plantea la “precaución”. Con este término designamos un concepto que viene siendo utilizado desde mediados del siglo pasado por el derecho internacional, con referencia directa al tema de la contaminación ambiental y ha encontrado aplicación en la interpretación de las normas de tutela del ambiente y de la salud ante eventos dañosos producidos por el desarrollo de la tecnología. El principio de precaución puede entenderse como:

[...] el instrumento de unión de una nueva epistemología de la acción reguladora, que proyecta en cabeza de la autoridad [...] el deber de monitorear en modo sistemático y proactivo, y a la luz de la mejor ciencia disponible, los riesgos que gravan sobre dos intereses primarios que el principio busca tutelar: la salud y el ambiente [...] (Izzo, 2007, pp. 54-55).

Desde esta perspectiva, el asunto que se plantea sobre la precaución con respecto al daño derivado de contagio postransfusional comporta examinar de qué modo el régimen de la responsabilidad civil puede interactuar con la particular

naturaleza del “riesgo transfusional”, para inducir a los sujetos involucrados en el proceso causal del daño derivado de contagio a modificar sus acciones.

Este enfoque lleva a identificar, por un lado, la posición del médico frente al daño derivado de contagio postransfusional. Él, como profesional responsable de la información relativa al riesgo de contagio, debe administrarla de acuerdo con el principio de precaución, sea con respecto a la determinación de la necesidad clínica de la transfusión, sea relativa al paciente mismo para ponerlo en la situación de elegir si se somete o no al acto terapéutico que, por su naturaleza, es riesgoso. Por otro lado, la actividad realizada directamente por el establecimiento de salud encargado de la recolección, del control y de la distribución en los bancos de sangre.

El análisis propuesto se funda en la confrontación de dos experiencias jurídicas: la estadounidense y la francesa. Su elección se debe, sobre todo, a la nitidez de los elementos de juicio que fluyen de la doctrina y jurisprudencia para adoptar una u otra posición frente a la indemnización de daños por transfusión. Más adelante, se verá la jurisprudencia colombiana para descubrir sus lineamientos.

El estudio comparado de las referidas experiencias jurídicas pondrá en evidencia los fundamentos de responsabilidad que guían a los establecimientos o centros que administran la recolección, el tratamiento y la distribución de la sangre. Esto de acuerdo con un criterio de imputación para activar comportamientos de precaución frente a la incertidumbre, la cual es un elemento que campea en la actividad transfusional. Tiene el objeto de reducir el riesgo de daños debidos a la falta o al retraso en la adopción de medidas preventivas ante la aparición de nuevos agentes virales que se trasladan por vía hemática.

En esta tónica, se verificará si resulta aplicable al presente supuesto de responsabilidad el régimen de responsabilidad por culpa o con inversión de la carga de la prueba —esto es, como responsabilidad agravada— o el de la responsabilidad por daño derivado de producto defectuoso —o sea, un régimen de responsabilidad objetiva—.

Las infecciones transmitidas por la sangre: ¿Un riesgo conocido y evitable? Implicaciones de la tipología del riesgo frente a una imputación de responsabilidad

Para hacer una calificación de la sangre que impacte en la definición de las reglas de la responsabilidad civil, se debe partir del reconocimiento de que la sangre es una parte del cuerpo humano que, al ser susceptible de regeneración en él mismo, puede ser objeto de actos de disposición por el titular del derecho (Fernández, 2016). Esto es conforme al ordenamiento jurídico en la medida que no ocasionen una disminución permanente a la integridad física o cuando sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres y su validez está supeditada a que respondan a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o a motivos humanitarios. Si bien estos criterios para la disposición de un elemento susceptible de regenerarse están contemplados por el legislador peruano en el Código Civil de 1984, inspirado en el Código Civil italiano de 1942⁸, se trata de consideraciones en las cuales subyace la necesidad de proteger la integridad física y la dignidad de la persona humana, es decir, valores tutelados constitucionalmente.

Las consideraciones en torno al acto de disposición del propio cuerpo inciden en la posibilidad de tratarse de un contrato *sui generis*, toda vez que no existe la posibilidad de un cumplimiento forzado de la prestación de donar sangre o de ser transfundido. En este sentido, cabe destacar el enfoque de Santos Cifuentes (2008), según el cual se trata de un contrato que tiene “mera apariencia de tal, pues carece de fuerza obligatoria [...] si el paciente se niega a entregar la cosa no podrá existir cumplimiento forzado ni tampoco indemnización sustitutiva, además de ser revocable en cualquier momento” (p. 382). Cuando la doctrina se refiere al carácter contractual del acto de donación o de transfusión, debe entenderse que hace énfasis en reafirmar la libertad del sujeto y la necesidad del consentimiento del titular, puesto que se está ante un derecho integrante de la esfera íntima del sujeto y solo su titular puede disponer mediante su manifestación de voluntad (Lorenzetti, 1997).

8 “Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente a la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios [...]. Los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia” (Perú, Presidencia de la República, 1984, art. 6).

Al ser la sangre un bien jurídico susceptible de circulación en virtud del acto de disposición del propio cuerpo, puede llegar a otros sujetos, siempre por medio de los centros autorizados, por un acto de transfusión, que consiste en un acto médico del que deriva la garantía de calidad total de su ejercicio y, como tal, se encuentra inmerso en las responsabilidades previstas por la ley⁹.

Ese viaje de la sangre de un sujeto a otro exige tomar conciencia de que esta contiene una serie de componentes, entre los que puede haber agentes infecciosos transmisibles por transfusión. Por tal razón, es pertinente que el acto médico esté precedido por el cumplimiento de requisitos, exámenes y procedimientos con arreglo a la ley y a los protocolos médicos, toda vez que la sangre puede transmitir viremias, bacterianas o parasitemias, temporales o definitivas, capaces de producir un estado de portador asintomático y producir una infección postransfusional demostrable (Barbolla, 2005; Barbara, 1997; Allain, 2000).

Los estudios en medicina indican que las causas de la contaminación de los componentes de la sangre pueden ser variadas y que pueden producirse en el complejo proceso de la transfusión de sangre. La contaminación puede tener lugar durante la obtención de las unidades de sangre o componentes del donante, en el procesamiento, en el almacenamiento o en el transporte. Las causas obedecen a enfermedades del donante, contaminaciones accidentales en la etapa de manipulación, fallas en la detección analítica de agentes infecciosos en la sangre donada atribuibles a problemas técnicos o al sistema de calidad, presencia de agentes infecciosos que no se revisan sistemáticamente en todas las donaciones o a microorganismos que no se conocen actualmente (Barbolla, 2005).

Como se puede observar, en la actividad transfusional la sangre se comporta como el vehículo de transmisión idóneo tanto de elementos indispensables para mejorar la salud del paciente como de agentes contaminantes transitorios, permanentes o letales.

Los agentes infecciosos transmisibles por transfusión pueden ser virus, bacterias o parásitos; los virus han llamado la atención de la población mundial por la gravedad de la enfermedad que pueden producir en el receptor de la transfusión,

9 La ley peruana ha contemplado la calidad de "acto médico" de la transfusión, lo que garantiza la calidad de la sangre y acarrea las responsabilidades civil, penal y administrativa para los profesionales y entes donde tiene lugar. El Reglamento de la Ley 26454 dispone en su Artículo 12: "La hemoterapia es un acto médico, y como tal la garantía total de su ejercicio es responsabilidad de un médico cirujano con especialidad en Patología Clínica; y, en su ausencia, el médico designado o el responsable del establecimiento de salud" (Perú, Ministerio de Salud, 1995).

•El riesgo de contagio por transfusión de sangre.

sin perjuicio de los daños que pueden acarrear los demás agentes contaminantes. El VIH es el que ha reportado mayores efectos lesivos y, desde su descubrimiento, los sistemas de salud adoptaron políticas destinadas a combatir la pandemia y prevenir los contagios. De allí que, de acuerdo con los estudios de la medicina, estas últimas infecciones hayan tenido mayores avances en relación con la disminución del riesgo, mientras se ha progresado muy poco respecto al riesgo de las complicaciones infecciosas bacterianas y por protozoarios (Barbolla y González-Fraile, 2005).

Lo que se trata de poner en evidencia, más allá de la existencia de los agentes contaminantes en la sangre¹⁰, es que la sangre es un bien jurídico riesgoso por propia naturaleza; con mayor razón lo es el propio acto de la transfusión, el cual debe ser realizado en los establecimientos autorizados, por profesionales de la salud¹¹ y bajo la dependencia de una entidad hospitalaria¹².

Indudablemente, el acto médico de la transfusión sanguínea representa una actividad que permite la circulación de la sangre de un sujeto que tiene la calidad de donante a otro en calidad de receptor, acto que se realiza en y gracias a la infraestructura de los centros autorizados. La sangre adquiere un valor¹³ para la

10 Los microorganismos susceptibles de transmisión frecuente por transfusión son los virus linfotrópicos humanos de células T (HTLV) I y II, VIH, virus de hepatitis B, C y D, citomegalovirus, *Treponema pallidum* (sífilis), *Plasmodium* sp. (malaria) y *Trypanosoma cruzi* (enfermedad de Chagas). En estos casos, se trata de agentes infecciosos de gran difusión, pero existen otros microorganismos que también pueden ser contagiados por contaminada, como *Leishmania* (leishmaniasis), *Yersinia spp* (peste), *Leptospira* (leptospirosis), virus del dengue, virus de la fiebre amarilla, *Toxoplasma gondii* (toxoplasmosis), *Trypanosoma brucei* (tripanosomiasis africana), *Brucella* (fiebre de Malta), *Salmonella typhi* (tifoidea), filariasis, fiebre de las garrapatas del Colorado, entre otras (Marcucci, Madjdpour y Spahn, 2004; Ballester *et al.*, 2005).

11 En Colombia, el Decreto 1571 de 1993, que reglamenta parcialmente el Título IX de la Ley 09 de 1979, en cuanto al funcionamiento de establecimientos dedicados a extracción, procesamiento, conservación y transporte de sangre total o sus hemoderivados, dispone en su Artículo 2 y en concordancia con el Artículo 5 del mismo Decreto que las actividades de obtención, donación, conservación, procesamiento, almacenamiento, transfusión y suministro de sangre humana y sus componentes se realiza solo por las instituciones médico-asistenciales, servicios de medicina transfusional y bancos de sangre que hayan obtenido la licencia sanitaria de funcionamiento, expedida por la autoridad competente. Dicha exclusividad evidencia el control que lleva el Estado sobre todos los actos relacionados con la sangre humana en el marco del Sistema de salud y la Constitución.

12 Así lo dispone el Artículo 10 del Decreto 1571 de 1993, en razón de la vigilancia y del control que las entidades hospitalarias deben ejercer sobre los bancos de sangre.

13 Lorenzetti (1997) señala que los diversos usos que tiene la sangre para la comunidad y para muchos enfermos han hecho que adquiera un valor y surja la posibilidad de su comercialización como un factor adicional, a pesar de las prohibiciones legales. Con todo ello se conjugan la urgencia del paciente, las necesidades económicas del donante y la ausencia de unas existencias de sangre que permitan salir del "cuello de botella" que se produce en esas circunstancias.

comunidad, pues hace que los pacientes satisfagan la necesidad de seguir el tratamiento médico prescrito para el caso concreto, no obstante la garantía legal de que no procede el ánimo de lucro¹⁴. Al mismo tiempo, la circulación de la sangre conlleva los riesgos propios del traslado del tejido y sus elementos, incluidos los agentes contaminantes y, además, los riesgos de su administración, es decir, del proceso que va desde la donación hasta la transfusión, porque “antes de poder utilizarse, tiene que ser analizada, almacenada y transportada y los servicios de transfusión tienen ante sí el desafío de suministrar sangre que sea segura y en calidad suficiente para atender la creciente demanda” (OMS, 2015).

En algunos casos puede tratarse de un riesgo conocido, porque los exámenes y procedimientos correspondientes determinan si existe peligro de contaminación, en tanto que es desconocido cuando, por el estado de la ciencia o del arte, no se detecta su existencia. Se trata de dos tipologías de riesgo opuestas que pueden presentarse con ocasión de una transfusión de sangre, para las cuales corresponde hallar una respuesta del derecho ante el eventual daño para el paciente receptor.

Los riesgos conocidos y desconocidos de la transfusión de sangre: incidencia en la imputación de la responsabilidad

La clasificación de riesgos expuesta es reconocida en el medio médico. Se sostiene que los riesgos infecciosos en transfusión se pueden clasificar en:

- Conocidos y estudiados: agentes infecciosos que se analizan en las donaciones de sangre de forma rutinaria.
- Conocidos y no estudiados: otras bacterias, virus y parásitos.
- No conocidos: enfermedades emergentes (Barbolla y González-Fraile, 2005).

Desde la perspectiva jurídica, concurre el deber de practicar todas las pruebas y los procedimientos que disponen los protocolos médicos, así como la legislación tendiente a evitar la realización del riesgo en el paciente receptor de la sangre y,

.....
14 El Artículo 4 del Decreto 1571 de 1993 dispone que “la sangre humana solo podrá ser extraída y utilizada sin ánimo de lucro, con fines preventivo, terapéutico, de diagnóstico en seres humanos o para investigaciones científicas”. Sin embargo, esta garantía legal no obsta el establecimiento de tarifas por concepto de las actividades relativas a la sangre, salvo la donación, que realizan los establecimientos autorizados en Colombia, de conformidad con lo contemplado en el Artículo 7 de la misma norma. Ello se explica por razones de costos correspondientes a los procedimientos y pruebas señaladas en el Decreto.

con ello, el daño probable. En este caso, el accionar del establecimiento de salud que hace la transfusión debe ser evaluada a la luz de los parámetros de conducta debida fijados en la ley y los protocolos médicos; con base en ellos, podrá configurarse una culpa imputable al ente que adelantó la actividad desencadenante del daño. Tal evaluación corresponde a un análisis de responsabilidad civil subjetiva, es decir, una responsabilidad cuya atribución descansa en el criterio de la culpa.

Los riesgos desconocidos plantean una encrucijada para el paciente transfundido: dichos riesgos se concretan en el paciente, a pesar de que el establecimiento de salud ejecutara todos los actos previos de rigor. En esta hipótesis, la imprevisibilidad del riesgo se configura porque, a la luz del estado de la ciencia o del arte médico, no existe un procedimiento que deleve la contaminación de la sangre; en consecuencia, se está ante un riesgo inevitable para el centro que aplica la transfusión. Se trata de un caso que el derecho de la responsabilidad civil ha denominado “riesgo de desarrollo”, cuya imprevisibilidad e inevitabilidad determinan la imposibilidad de atribuir responsabilidad por culpa al agente causante del daño. En otros términos, es imperioso aceptar que el avance de la ciencia y de la tecnología impacta de manera directa en la determinación de la responsabilidad civil por transfusión sanguínea, en particular en la adopción de una u otra regla de responsabilidad, sea esta de orden subjetivo u objetivo. Por un lado, se puede afirmar que gracias a la hemoterapia o medicina transfusional ha sido posible el surgimiento de terapéuticas quirúrgicas o médicas, audaces, cuya aplicación resultaría impensable sin una reposición oportuna y adecuada de diversos componentes de la sangre. Ejemplo de ello son los trasplantes hepáticos, trasplantes de médula ósea y otros (Tejerina, González y Cabrera, s. f.). Por otro lado, el mismo estado del desarrollo científico y tecnológico evidencia la actual imposibilidad de hacer frente a unos riesgos indeterminados, como ciertos agentes contaminantes o procedimientos más exactos para evitar eventos adversos en los pacientes sometidos a transfusión.

Sin embargo:

[...] existen todavía muchos médicos que consideran la sangre como una panacea y abusan de las indicaciones precisas que tal tejido tiene, no obstante que buena parte de los profesionales médicos son conscientes del valor que la sangre tiene como forma terapéutica, y que puede ser la causa de efectos adversos de gravedad variable (Tejerina *et al.*, s. f.).

No puede negarse que la transfusión de sangre es un proceso que, aunque cumpla las normas establecidas, envuelve siempre un riesgo sanitario; no obstante el número de transfusiones que se realizan sin mayores complicaciones es elevado, lo que indicaría que se está ante una terapia segura, las estadísticas señalan que un 2 o 3 % de pacientes transfundidos experimenta algún efecto adverso como consecuencia del procedimiento. Asimismo, aunque la mortalidad no es alta, la morbilidad puede ser muy significativa y complicar el cuadro de pacientes con graves enfermedades (Alvarez do Barrio, González, Hernández y Oyonarte, 2005).

No cabe duda de que el descubrimiento del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) impactó de manera decisiva el proceso de transfusión de sangre a partir de la década del ochenta, pues desencadenó el sida. La aparición de este virus tomó desprevenido al sector salud mundial frente a los riesgos de contagio en la distribución de la sangre, porque no se contaba con los exámenes para su detección. Ese contexto abrió paso a escándalos sobre sangre contaminada con VIH en los bancos de sangre¹⁵, que despertaron la reacción de la población y provocaron la apertura de procesos judiciales contra los profesionales de la salud y el Estado (Asociación Argentina de Hemoterapia e Inmunohematología, 1999). Ello generó una presión para que los sistemas de salud implementaran mecanismos de control, calidad y seguridad de la sangre y la actividad transfusional, lo que tuvo como resultado la reducción del riesgo en todo el mundo (Wierzba, 1999).

De ahí surgieron las políticas de seguridad de la sangre y los procedimientos de examen previo que se renuevan conforme avanzan la ciencia y la tecnología. De esta tendencia, que apunta a la prevención del riesgo de contaminación y contagios por vía de la sangre, es testimonio la legislación vigente en Colombia¹⁶.

15 Francia, por ejemplo, reportó entre 6.000 y 8.000 pacientes infectados como consecuencia de transfusiones de sangre que se administraron entre 1982 y 1985 (Wierzba, 1999).

16 En el marco de la Constitución de 1991 y la ley que regula el Sistema de salud en Colombia, cabe destacar el Decreto 1571 de 1993, que regula el funcionamiento de los bancos de sangre y el servicio de transfusión; la Resolución 1738 de 1995 reglamenta la realización de la prueba de serología para *Trypanosoma Cruzi* en todas las unidades de sangre; la Resolución 901 de 1996 contiene el Manual de normas técnicas; la Resolución 00167 de 1997 normaliza el Sello nacional de calidad de sangre; el Decreto 1011 de 2006 regulariza el Sistema Obligatorio de Garantía de la Calidad; el Decreto 2323 de 2006 reglamenta la Red Nacional de Laboratorios y su gestión; el Decreto 3518 de 2006 ordena el Sistema de vigilancia en salud pública; la Política nacional de sangre de 2007; la Resolución 3355 de 2009 organiza el Comité para la promoción de la donación de sangre; la Circular 0082 de 2011 y el Anexo Técnico 2 sobre manejo de pruebas confirmatorias; la Resolución 1441 de 2013 acerca de habilitación de prestadores de servicios de salud; la Resolución 0437/14/feb de 2014 sobre realización de la prueba HTLV-II y

La calificación de la sangre como bien riesgoso y sus implicaciones en la imputación de responsabilidad

Dado el carácter peligroso o riesgoso de la sangre, cabe admitir que se está ante una parte del cuerpo humano que es susceptible de circulación, por medio de la actividad que desarrollan los centros o bancos de sangre que se ocupan de su recolección y almacenamiento para una posterior transfusión. Dichos bancos se encuentran en los establecimientos de salud, los cuales tienen la obligación de cumplir la política nacional de recolección y conservación, así como observar los deberes que disponen la ley y los protocolos médicos para llevar adelante un adecuado procedimiento.

Una perspectiva que contempla la sangre como objeto de derecho exige un régimen unitario para ser aplicado a la circulación de la sangre, que consiste en la extracción y el suministro caracterizados por su peligrosidad. Puesto que la sangre es un objeto manipulable por el ser humano y susceptible de perecer, se pueden identificar tres posiciones respecto a la determinación del criterio de imputación de responsabilidad. Si bien la primera posición es consciente del riesgo inherente a la sangre, considera aplicable la culpa para los fines de la imputación de la responsabilidad; la segunda parte de la simple imputación por riesgo de la actividad y la tercera, al descartar los planteamientos anteriores, intenta dar a los daños derivados de la sangre el mismo tratamiento que se destina a los productos defectuosos.

En esta medida, concurre interés por determinar el régimen de responsabilidad aplicable que permita una adecuada tutela de la salud de los pacientes. Por esta razón, en el siguiente capítulo se revisan las respuestas que, desde la responsabilidad civil, se han dado en el plano del derecho comparado a los daños consecuentes a una transfusión de sangre.

LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR TRANSFUSIÓN DE SANGRE. DIVERSOS ENFOQUES FRENTE A LA INDEMNIZACIÓN DEL PACIENTE TRANSFUNDIDO*

La experiencia estadounidense de la responsabilidad por transfusiones de sangre

La jurisprudencia estadounidense se ha dedicado por mucho tiempo a especificar si la distribución de sangre constituye una prestación de “servicios” o el ofrecimiento de un “producto”, con una finalidad práctica muy clara: dilucidar si cabe la aplicación del régimen de la responsabilidad del productor, esto es, un régimen de responsabilidad objetiva y, como tal, deja de lado el examen de la negligencia o culpa como criterio de imputación de la responsabilidad.

El derecho estadounidense ofrece una nutrida y atractiva jurisprudencia desde el punto de vista del contenido y de la imaginación de los jueces volcada en las resoluciones. Desde mediados del siglo XX, cuando tuvo lugar un caso muy

* El presente capítulo es resultado de investigación del proyecto “Los retos del derecho privado contemporáneo en el contexto del debate constitucional y los nuevos desarrollos de la economía”, del Grupo de estudio de derecho privado y propiedad intelectual, dirigido por Olenka Woolcott Oyague, adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

difundido, *Landmark Perlmutter vs. Beth David Hospital*¹⁷, se estableció que la sangre suministrada por los bancos no constituye un producto, sino un servicio de naturaleza profesional. A partir de entonces, no ha cesado el deseo de muchos ciudadanos de obtener una reparación como consecuencia de haber sido contagiados por transfusiones de sangre infectada.

La jurisprudencia de ese país se ha caracterizado por las soluciones innovadoras en cuanto a lo conceptual. Basta aludir a las sentencias en materia de productos defectuosos como la famosa teoría de la “market share liability” (Woolcott, 1999, p. 866), que se vio detenida por la adopción de una política pública para evitar que recayera el costo social de las transfusiones infectadas en los establecimientos que aseguran el funcionamiento del sistema de la sangre. Dicha política fue recogida en la legislación de los estados; se consolidaron los lineamientos del precedente *Perlmutter*, en el sentido de que la sangre no es un producto, sino un servicio profesional y, por ende, se excluye la aplicación del régimen de la “strict liability” o responsabilidad objetiva. Esa política pública impidió a las Cortes modificar la solución adoptada en principio —que llevaba a que el daño postransfusional permaneciera donde había caído, esto es, la víctima—, dados los avances científicos y tecnológicos que habían contribuido al progreso de la actividad transfusional y de la capacidad de prevención de los sujetos involucrados en la misma.

Se verá más adelante que esa postura estadounidense se justificaba dentro de las características institucionales del sistema de la sangre en Estados Unidos. Se observa una clara voluntad para no interferir, mediante la presión de las normas de responsabilidad, con el frágil equilibrio institucional de un sector administrado en exclusiva por privados —en su mayoría, establecimientos sin fines de lucro—, según un modelo de mercado imperfecto, que había asumido la sangre como producto distribuido a precios de mercado, cuyo costo comprende la remuneración

17 En el caso se razonó en términos de una relación contractual para dejar de lado la aplicación de la garantía implícita de responsabilidad —implied warranty liability— por la sangre infectada que fue transfundida a una paciente durante su internamiento en el hospital. Dicho suministro de sangre no podía considerarse autónomamente en el marco de un contrato de compraventa, en cuyo caso sí se aplicaría la “implied warranty of fitness” prevista en la Sección 2-315 del Uniform Commercial Code, por la idoneidad del bien vendido, sino que tal actividad constituía una prestación instrumental al contrato de servicios profesionales y quedaba así fuera de aplicación un estándar de responsabilidad objetiva. El caso *Landmark Perlmutter vs. Beth David Hospital*, 308 N. Y., 100, 123 N. E., 2d. 792, 1954, representa un hito en el derecho estadounidense sobre la responsabilidad de los bancos de sangre por transfusión de un tipo errado de sangre (Burscato, 1964).

por los costos de producción, pero no internaliza los costos por daños que puede generar.

Como se podrá corroborar más adelante, se comprende que desde un modelo de responsabilidad que rechaza el reconocimiento de la sangre como un producto de naturaleza económica, a pesar de que en la práctica se distribuye a precio de mercado y de que los agentes que intervienen son, en su mayoría, sin fines de lucro, se tiende a fundamentar la responsabilidad del proveedor de sangre bajo un parámetro del cuidado profesional; ello ocasiona la imposibilidad de que el ente de salud asuma el costo social que deriva de una transfusión defectuosa.

La experiencia francesa en la responsabilidad por transfusiones de sangre

Las particularidades que presenta la experiencia francesa frente al daño postransfusional nos motivaron a tomarla para la comparación con la experiencia estadounidense, pues demuestra gran versatilidad en las decisiones judiciales acerca del problema de la reparación de este tipo de daño.

Para el derecho francés, con respecto al suministro de sangre infectada, surgió la cuestión de si se estaba frente a una prestación de servicio o a un producto y eligieron lo segundo.

Se había discutido por mucho tiempo si el proveedor de sangre debía someterse a una responsabilidad por vicios ocultos de la cosa, lo que califica su naturaleza contractual o si, en cambio, el tema se alejaba del ámbito contractual para resolverse de acuerdo con la obligación de seguridad. En 1954, la Corte de Casación¹⁸ decidió un caso de contagio de sífilis de una paciente que se había sometido a transfusión. Los jueces descartaron la aplicación del régimen de responsabilidad extracontractual por hecho de la cosa (arts. 1382 y 1383, CC francés); en esa misma resolución se excluyó que el suministro de sangre estuviera comprendido en una prestación de servicio terapéutico más amplia, se identificó una obligación de medios y se aplicó el régimen de la responsabilidad profesional, lo que comporta una valoración de la conducta acorde con el parámetro de la diligencia debida.

La Corte de Casación francesa optó por individualizar las relaciones jurídicas en juego para encontrar en la convención de derecho Público que reglamenta la relación entre el hospital (donde se realizó la transfusión) y el centro transfusional

.....
18 La sentencia de Casac. Civ., 2me Ch., 17 de diciembre de 1954 es reportada por Rodière (1955, p. 269).

(responsable de la recolección y del suministro de sangre) una estipulación tácita de un contrato a favor de tercero (el paciente). Así, tras demostrar el nexo de causalidad entre la transfusión y la aparición de la enfermedad, la paciente, víctima del daño postransfusional, obtuvo la reparación del daño del centro transfusional, por inobservancia de la prestación debida; la Corte aplicó el régimen general de incumplimiento contractual.

La solución que ofrecía la jurisprudencia francesa facilitaba el camino para la reparación de estos daños, al evitar exigir el concurso de una negligencia del establecimiento de salud o del médico que había efectuado la transfusión; esto, en una época en la que no se vislumbraba la consideración de obligaciones de resultado en el ámbito de la responsabilidad médica, con lo que se objetivaría la responsabilidad civil por daño postransfusional.

La casuística jurisprudencial se incrementa cuando irrumpe el VIH y se produce lo que se conoció como el “*affaire du sang contaminé*”. Sucede que entre 1985 y 1995, se presentaron 2.000 acciones por daños por parte de pacientes transfundidos y hemofílicos que se contagiaron con el VIH o HCV (Stefan, 1999). El incremento de estas demandas en la década del ochenta bien podía atribuirse a la interpretación jurisprudencial conforme a la cual el suministro de sangre es objeto de una obligación de naturaleza contractual que asume el centro transfusional frente al paciente, comprometido a transfundir sangre libre de vicios que podrían generarle daño. Desde esta perspectiva, las Cortes francesas habían ya delineado una norma jurisprudencial de imputación de responsabilidad objetiva.

De esta manera, la jurisprudencia francesa había adoptado una solución sobre el daño transfusional con visos aún más rigurosos que el propio régimen de responsabilidad por productos defectuosos que se introdujo por directiva europea en 1985. Decimos que se trata de una solución más rigurosa, toda vez que contemplaba una responsabilidad por daño transfusional capaz de abarcar el denominado “riesgo de desarrollo”, el cual constituye una de las causales de defensa de la responsabilidad civil del productor que puede invocar el demandado a quien se le imputan los daños, de acuerdo con lo previsto en la directiva europea de 1985. Así, en Francia, el planteamiento del problema de la reparación del daño postransfusional se ha conectado con el proceso de adaptación de la directiva europea por daño derivado de producto defectuoso.

Las experiencias estadounidense y francesa en confrontación

Antes de examinar la elección de un criterio de imputación del daño postransfusional que considere las características del sistema organizativo e institucional en nuestro medio, es oportuno revisar la rica jurisprudencia que ofrecen las experiencias que hemos tomado como base de nuestro estudio.

Observaremos que, en ambos casos, la jurisprudencia asume una posición frente al daño postransfusional desde mediados del siglo pasado y destaca el famoso caso estadounidense *Perlmutter*. A partir de entonces, ante un mismo tipo de problema, se adoptaron soluciones diversas y se mantuvieron a lo largo de los años.

La jurisprudencia estadounidense muestra la opción por un criterio subjetivo de imputación para un banco de sangre, mientras la francesa decide por un criterio de responsabilidad objetiva. Llama la atención la línea estadounidense adoptada, toda vez que ha demostrado una tendencia objetiva en temas de la responsabilidad del productor (Stapleton, 1994; Priest, 1985; Traynor, 1965), inclinada a atender las expectativas de reparación de daños de las víctimas.

Estas premisas nos conducen a subrayar los elementos característicos en cada caso que condicionan posiciones tan disímiles frente a la responsabilidad del centro que tiene a su cargo la práctica transfusional.

La estructura institucional del "sistema sangre"

La intervención de la tecnología revolucionó la práctica transfusional a partir del descubrimiento del factor Rh y las técnicas de conservación de la sangre y del plasma. Se comprende que esta dio lugar a una capacidad de prevención muy incipiente; de allí los múltiples casos de infecciones por el empleo de materiales no esterilizados adecuadamente o el riesgo de error en las pruebas cruzadas de compatibilidad de los grupos sanguíneos. Es interesante observar que la Segunda Guerra Mundial (Starr, 1998), con la cantidad de oportunidades transfusionales que implicaba, favoreciera el avance de esta área de la medicina y en el plano social, pues los países interesados en el conflicto dispusieron la donación de sangre inspirada en el valor de la solidaridad (Izzo, 2007).

Este valor caracterizó la conformación del sistema institucional de la sangre en la experiencia francesa. En este contexto, la guerra tuvo particular influencia

para transformar los grupos de donantes voluntarios en organizaciones nacionales sólidas para la recolección de sangre con carácter voluntario.

Otra fue la dirección que tomó la recolección de sangre en la experiencia estadounidense. Toda la estructura creada por el Gobierno para solventar las necesidades de sangre por causa de la guerra desapareció al concluir el conflicto bélico. Desde entonces, la administración de la recolección y transformación de la sangre pasó del sector público al sector privado; por ello, parte de aquellas estructuras públicas fueron cedidas a la Red Cross nacional y otras adquiridas por particulares o cedidas a hospitales o comunidades locales. De este modo, hacia finales de 1940, se podía percibir un sistema de sangre desarrollado bajo una óptica de mercado, pues, junto a los entes sin fines de lucro (la Red Cross y la Asociación de Bancos de Sangre de matriz hospitalaria, administrada por médicos cercanos a la Asociación Americana de Médicos), hicieron su aparición operadores privados con fines de lucro (Izzo, 2007). Este último factor determinó los contornos del sistema de ese país en esta especialidad médica.

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, el panorama de las donaciones de sangre era difícil, en un contexto en el que no se había adoptado un sistema de bienestar sanitario. En tanto, la Red Cross no podía satisfacer la creciente demanda de sangre debida al desarrollo de la tecnología y a los nuevos progresos en la medicina. Esta misma comenzó a solicitar a los hospitales una contribución económica para hacer frente a los costos de funcionamiento de sus estructuras; en cambio, las asociaciones de bancos de sangre fijaron un precio para cubrir costos de recolección, control y distribución de la sangre a cargo del usuario final. Además, estaba previsto que el beneficiario de la sangre consiguiera reponer al banco la sangre utilizada mediante la donación de conocidos o, en su defecto, pagar una suma bastante onerosa.

Por su parte, el modelo de los operadores privados de sangre es simple: la compraventa del fluido a un precio que generaba una ganancia considerable. Este era el escenario institucional hacia la década del cincuenta en Estados Unidos, en donde concurren dos entes nacionales sin fines de lucro y comerciantes. Hasta la década del setenta, el sistema de la sangre no tenía reglas claras, pero lo que se destaca es que la sangre tenía un precio; esto denotaba la ambigua naturaleza jurídica de este elemento humano.

La situación en Francia en esa década era distinta. Aquí, como en los demás países europeos, se robustecía la figura del Estado y la burocracia ministerial centralizaba el sistema de la sangre.

La diferencia originaria en las soluciones jurisprudenciales en Estados Unidos y Francia

El precedente del caso Perlmutter, en 1954, aplicó un criterio de imputación subjetivo, cuyos argumentos eran comprensibles desde la perspectiva de la precaución. El estado de la tecnología y los conocimientos científicos no permitían que la víctima, la señora Perlmutter, hubiera podido evitar contraer la hepatitis aun cuando el hospital Beth David hubiera desplegado la máxima precaución posible (Di Costanzo, 1998). Como el Hospital asumía la función de prestador del servicio médico y de recolección y transfusión de la sangre, los jueces tuvieron elementos suficientes para considerar que la transfusión y el tratamiento por el cual el paciente se hospitalizó constituían una sola obligación desde el punto de vista funcional y que el suministro de sangre es un servicio accesorio a la prestación médica. Con ello se sustraía el caso del ámbito de la garantía implícita en la cosa vendida prevista en el Código Comercial Uniforme (UCC) del derecho estadounidense.

Dicho razonamiento levantó opiniones encontradas, entre las que sobresalía aquella que atribuía la dirección de la resolución al hecho de que en esos años estaba vigente la doctrina de la “charitable immunity doctrine” (Kotler, 1988, p. 63) referida a los entes sin fines de lucro; ergo, el Hospital cabía dentro de esa protección: inmunidad frente a una acción de responsabilidad civil. Sin embargo, cuando las charitable enterprises comenzaron a cobrar una contraprestación por los servicios que prestaban, se empezó a rechazar la aplicación de dicha doctrina en muchos casos, entre los cuales se optó por una oposición encubierta, por medio de una “valoración menos rigurosa del estándar de diligencia”. Puede haber sido esta una razón de la decisión por la responsabilidad subjetiva en el caso Perlmutter.

La experiencia francesa nos presenta, en el mismo año del citado caso estadounidense, una dirección opuesta. Los jueces se pronunciaron por una clara responsabilidad objetiva del Centre National de Transfusión Sanguine, que había

transfundido sangre que adolecía de vicio oculto, con lo cual se sostenía aquello que en Perlmutter se había rechazado (la garantía por vicios de la cosa vendida). Aquí no se trataba de un virus imprevisible en la época, como sí en el caso estadounidense (la hepatitis), pues se trataba de la sífilis. La Corte de Apelación afirmó la responsabilidad por hecho de la cosa, al hallar “faute delictuelle” en la estructura transfusional. En efecto, existía un examen para la detección de la sífilis (la reacción de Wasserman), que debió practicarse en la donante de la sangre empleada. Además, la misma Corte encontró una conducta negligente en los médicos del centro transfusional, al someter a examen trimestral a los sujetos de la lista de donantes, quienes podían enfermar en el período de ventana.

En suma, la sentencia de Casación francesa de 1954 presentaba tres elementos ausentes en el caso estadounidense: 1) se disponía de la tecnología para actuar de acuerdo con el principio de precaución; 2) dicha tecnología no fue aplicada adecuadamente y, por tanto, de ello se desprendía negligencia; 3) el Estado se había avocado la gestión de la recolección de la sangre en su rol de garante de la salud de la colectividad.

Del análisis se deduce que el criterio de imputación de responsabilidad elegido en cada experiencia fue predeterminado por una política institucional que podía ver más allá del caso concreto y podía incentivar conductas preventivas de los sujetos responsables de la actividad transfusional, que por la capacidad de estos de internalizar y distribuir el costo del daño imputado (Izzo, 2007, p. 323).

La experiencia estadounidense

Con posterioridad al caso Perlmutter, los jueces estadounidenses poco se han apartado de esa política del derecho y no reconocen valor interpretativo a los adelantos tecnológicos y a la innovación científica con respecto al riesgo de contagio postransfusional.

Entre los años 1966 y 1978, tuvieron lugar importantes avances para identificar el virus de la hepatitis B en la sangre. A inicios de la década del setenta, se dijo que el sistema de obtención de la sangre a cambio de una contraprestación incrementaba el riesgo de donantes infectados por el virus, lo que requirió un cambio hacia la opción de voluntarios. Ello no significó la abolición de la recolección de sangre a título oneroso por parte de bancos de sangre comerciales

que siguieron operando para satisfacer demandas en importantes áreas urbanas (Drake, Finkelstein y Sapolsky, 1982).

Con respecto al VIH, el avance científico y tecnológico ha permitido, en un lapso mucho más breve (1982-1985), hacer frente al riesgo de contagio de la enfermedad por vía hemática. El impacto que ha tenido este nuevo virus en cuanto a la sensibilidad política e institucional ha determinado en los años sucesivos una mejora en la seguridad transfusional; esta no se ha debido a un perfeccionamiento de las técnicas de prevención, sino a una toma de conciencia de la necesidad de reforzar el poder de prevención a cargo de los sujetos que gestionan el sistema de transfusiones (Marmor, Dillo y Scher, 1999).

En línea con el objetivo de la revisión de la experiencia estadounidense y dado que el precedente *Perlmutter* había establecido la aplicación del criterio de imputación subjetivo —negligence— por daño derivado de transfusión de sangre contaminada, hacia mediados de la década del sesenta las cortes asumieron esa posición y la extendieron a los bancos de sangre que no dependían de un hospital, por lo que se tenía la idea de que estos asumían una prestación de servicio similar a la que presta un hospital con el contrato de atención médica.

El temor a posibles cambios en el razonamiento de las Cortes y el afán por consolidar el sistema de la sangre sobre la base de la voluntad o del mercado, sin intervención del Gobierno, condujo al estado de California a emanar una ley que recogiera la naturaleza jurídica de “servicio” del objeto de los actos de suministro de sangre, normativa a la cual la jurisprudencia hacía alusión para consolidar el precedente *Perlmutter*.

Para las Cortes, era fácil mantenerse en la línea señalada hasta que surgió el *Restatement Second of Torts*, en 1965, pues instauraba un régimen de responsabilidad objetiva para el proveedor de productos defectuosos. Esta innovación normativa dio lugar a que muchas víctimas la invocaran para los eventos de transfusión sanguínea. A la luz del nuevo régimen de responsabilidad del productor, resultaba difícil negar que la sangre fuera un producto que se circulaba en el mercado¹⁹.

.....
19 Esta nueva interpretación generaba el problema de si la sangre contaminada era un producto “in a defective condition unreasonably dangerous to the user” y, además, de considerar aplicable la eximente del Comment k de la Sección 402A para los productos que no se entienden completamente inmunes de riesgos para el usuario. Estos puntos de la referida normativa observaban fluctuaciones en la aplicación jurisprudencial (Page, 1983, p. 864).

Por primera vez, en 1966, una corte del estado de Florida abandonó la línea del caso *Perlmutter*. Condenó al banco de sangre por las garantías contractuales implícitas a la cosa (*implied warranties*). Lo relevante de la decisión recaída en el caso *Russell vs. Community Blood Bank*²⁰ es que calificó a la sangre como “producto” “unavoidably unsafe” y se abrió la posibilidad de invocar la eximente prevista en el Comment k de la sección 402A del Restatement, cuando se demuestre que en la época de colocación del producto en el mercado era científicamente imposible identificar el virus en la sangre. Luego, en 1970, se aplicó el Restatement a un hospital proveedor de sangre contaminada por hepatitis, considerado parte de la cadena distributiva del producto sangre al consumidor final (Calabresi y Hirschhoff, 1982).

La presión que representó el viraje jurisprudencial generó temor en la Red Cross y la Asociación de Bancos de Sangre por caer en los extremos de la nueva norma de responsabilidad objetiva. En la década del setenta influyeron para que se dictaran leyes estatales de prevención del riesgo de contagio por transfusión, pero sobre todo de protección ante la aplicación del nuevo y riguroso régimen de responsabilidad. Todo ese movimiento se producía en una época en la que se desarrollaba la tecnología y, por tanto, ya era posible prevenir la distribución de sangre contaminada con el virus de la hepatitis B. De esa manera, surgían las condiciones para discutir los argumentos del precedente *Perlmutter* y se ponía de relieve el hecho de la relación entre innovación tecnológica y actividad de precaución del denominado “cheapest cost avoider” a los fines de la elección del criterio de imputación del daño por contagio de sangre contaminada (Calabresi y Hirschhoff, 1982).

La casi imposibilidad de establecer una responsabilidad por daño postransfusional de los bancos de sangre con base en el precedente *Perlmutter* fue afianzada por la legislación en diversos estados, de acuerdo con la política de derecho adoptada en el caso referido y como un freno a la jurisprudencia posterior. Esta, más bien, debe responder a una elaboración dinámica de las políticas del derecho, vale decir, con la aptitud para cambiar y adecuarse a las nuevas circunstancias.

.....
20 El caso *Russell vs. Community Blood Bank*, 185 So. 2d. 749, 752 (Fla. Dist. Ct. App. 1966) es reportado por Shapo (2012), quien explica el suministro de sangre como compraventa y presenta las discusiones en torno a si la provisión de sangre es un servicio o un producto.

A mediados de la década del ochenta se incrementaron los procesos judiciales por contagio de VIH postransfusional; sin embargo, están sujetos a una legislación que solo contempló el peligro que representaba un virus responsable de una enfermedad que no era necesariamente fatal, como el sida. Los esfuerzos por debatir los fundamentos de la legislación existente no tuvieron éxito. Las Cortes sostuvieron que la mayor gravedad que implicaba el VIH no justificaba modificar la opción legislativa (Izzo, 2007). La doctrina, en cambio, se mostró dividida: un sector propuso la creación de un sistema de indemnización *no-fault* de tipo administrativo (Kelly, 1994). De otra parte, la doctrina estadounidense optó por establecer un parámetro de negligencia para los fines de la imputación de la responsabilidad y dejó de lado la alternativa de los sistemas de indemnización automática. No obstante, las propuestas no han calado en el plano legislativo. Consecuencia de ello, hay muchas víctimas de contagio postransfusional por VIH que tienen un panorama procesal muy difícil de afrontar, al tener que establecer la culpa del proveedor de sangre, esto es, la falta o inadecuada precaución del demandado en un período en el que el nuevo virus no podía ser prevenida en forma específica.

Recién en 1985 se autorizó administrativamente la comercialización del kit de laboratorio para detectar la presencia de VIH en la sangre y se invitó a los bancos de sangre a adquirirlo (Center for Disease Control, 1982). La mayor parte de contagios se atribuye al período entre 1982 y 1985, en el cual se adoptaron medidas de precaución dentro de un panorama de incertidumbre, antes de la disponibilidad del examen específico. Esta situación fue similar en otros países industrializados.

La capacidad del sistema de sangre estadounidense para reaccionar en tiempo más breve frente al VIH no es atribuible a la legislación propiamente dicha, sino a la decisión de prevención de cada operador del sistema (bancos de sangre, hospitales, médicos o productores de hemoderivados) (Glied, 1996).

Frente a las demandas de reparación por daño postransfusional y ante la imposibilidad de recurrir a una aplicación de la responsabilidad objetiva —*strict liability*—, no se impedía a los operadores del sistema de bancos de sangre estadounidense adoptar las medidas de precaución destinadas a reducir el riesgo de contagio del VIH por vía transfusional, aun ante la ausencia de una legislación adecuada. Dicho de otra forma, el derecho estadounidense no optó por la aplicación de una responsabilidad objetiva, sino por una política de precaución de los

daños frente a una transfusión; ello generó situaciones de ausencia de responsabilidad cuando no era posible determinar la negligencia del agente causante del daño postransfusional.

La situación de las víctimas de daño postransfusional por contagio de VIH se perfiló bastante difícil, ante una tendencia hacia la “no responsabilidad” que venían operando las Cortes. Estas se vieron condicionadas por la protección que ofrecía la legislación a los operadores del sistema de sangre, a pesar de los avances de la ciencia y la tecnología. A causa de estos, las características estructurales y organizativas del sistema debieron cambiar y reflejar estas transformaciones en la propia jurisprudencia sobre responsabilidad civil —Tort Law—. Ello resultaba ser un contrasentido, dado que el derecho de daños estadounidense siempre se ha mostrado flexible gracias a la obra jurisprudencial (Schuck, 1991) y capaz de satisfacer las exigencias sociales dentro de pautas de coherencia y sistemática. En tanto, la legislación tiende a surgir como producto del compromiso político, sin satisfacer, en general, los cánones de coherencia y sistemática (White, 1985).

En cierta forma, lo paradójico de toda esta evolución en el tratamiento del daño postransfusional encuentra explicación en las características del sistema de sangre del contexto estadounidense, donde se aprecia la existencia de una voluntad orientada a no mortificar el equilibrio institucional de un sector administrado en buena parte por operadores sin fines de lucro —“non profit”—, sin que eso impida el cobro de tarifas respetables para el procesamiento de la sangre o para su reemplazo (Rock, 1986). Se trata de un modelo de mercado imperfecto de la sangre, atribuible a su ambigua naturaleza jurídica, concretamente por el rechazo a reconocer la característica económica como “producto”, para imponer a la jurisprudencia y legislación una valoración de acuerdo con el estándar de la “diligencia profesional” de la conducta del proveedor de sangre y con ello evitar que el sistema de circulación de la sangre cargue con el costo social del suministro.

La experiencia francesa

En 1952, el Legislador reguló las etapas de las actividades relacionadas con el empleo terapéutico de la sangre, al incorporar dicho régimen al Código de Salud y establecer la exclusividad médica para avocarse y asumir la responsabilidad por tales actos.

La voluntad legislativa no significaba transferir a los médicos la gestión exclusiva de los riesgos derivados de la actividad, lo que en el plano de la responsabilidad civil habría conllevado a ubicar el problema en el ámbito de la diligencia profesional y de la obligación de medios dentro del contrato de prestación de servicio entre el médico y el paciente. En cambio, sí se destacaba el paso de todo lo relacionado con la sangre al ámbito del Estado, ergo, al campo público que, en adelante, vigilaría el suministro de sangre necesaria para satisfacer las demandas de la población, convertido en un bien de patrimonio colectivo (Savatier, 1954). La sangre salía del espacio privado: una vez extraída del donante y al ingresar al centro de transfusión, que estaba en el ámbito del servicio público, perdía la calidad de tejido humano, para volverse una sustancia terapéutica de la cual se prohibía toda forma de transferencia a título oneroso. La circulación de la sangre solo era posible dentro del circuito público de recolección y distribución y se establecía por decreto ministerial un valor para la cesión con el fin de compensar los costos de preparación entre los centros de transfusión y hospitales (Savatier, 1954).

Con esta nueva forma de cesión en el ámbito público, la sangre no solo quedaba fuera de actos onerosos entre particulares, sino que se prohibía que fuera objeto de donación entre estos. La sangre podía ser objeto de donación anónima al sistema en nombre de la “solidaridad nacional”.

Estos profundos cambios legislativos en cuanto al sistema de la sangre francés tuvieron efectos sobre el plano del régimen de la responsabilidad por daño postransfusional. En efecto, quienes responderían por el daño serían los sujetos involucrados en la ejecución del servicio público, en tanto se identifique una culpa personal, pero el complejo camino por el que debe transcurrir la sangre para llegar a una transfusión dificulta la individualización de la culpa. En consecuencia, el eventual daño emanado del servicio público de recolección y suministro de la sangre sería imputable a título de una “culpa del servicio” al gestor del servicio público, es decir, al centro de transfusión o directamente al Estado.

A partir de la modificación legislativa de 1952, el problema de la atribución de la responsabilidad por daño postransfusional por “faute du service” se trasladaba por completo al Estado y quedaba en la órbita de una obligación que había asumido el carácter de una obligación de resultado. En la doctrina francesa, el jurista Savatier (1954) observó que los centros de transfusión estatales adoptaban una “obligación de seguridad” frente a los usuarios de este servicio público (Jourdain,

1992, p. 1171). El fundamento conceptual de este supuesto de responsabilidad no se encontraba en el contrato ni en la presunción de responsabilidad que contempla el supuesto del Artículo 1384 del Código Civil sobre “responsabilidad del guardián de la cosa”, sino en la idea de que la sangre pertenece a la colectividad personificada en el Estado y que, por tanto, este garantiza la calidad del fluido que se restituye a los ciudadanos para satisfacer sus necesidades terapéuticas.

La consideración de que se trataba de un servicio público tuvo efectos civiles, pues el carácter gratuito en beneficio del paciente determinaba que el gestor del servicio público tuviera que sujetarse a una regla de responsabilidad por culpa, al tratarse de una denominada “faute du service” que, en el supuesto de un contagio por un virus desconocido a la luz de la ciencia médica en el momento de la transfusión, no se habría podido configurar. Para salvar tal situación, Savatier expresa que era necesario que el encargado del servicio contratara un seguro bajo la modalidad de contrato a favor de tercero, con el fin de cubrir los vicios ocultos de la sangre.

El artículo del jurista francés, publicado en 1954, atrajo la atención de la Corte de Casación, la cual promulgó la sentencia más importante en el sistema de la sangre en Francia y que marcó la línea de futuras resoluciones.

Se atribuye a una sentencia de Casación del año 1954 el profundo cambio en el enfoque del problema que venía suscitando este tipo de daño. En el caso, que tiene lugar en época de guerra, una mujer que fue transfundida se contagió de sífilis. Intentó sobre la garantía contractual por vicios ocultos, bajo el supuesto de que se encontraba ante un contrato tácito de compraventa. El hecho es que la transfusión se hizo de emergencia, en un hospital en donde la paciente estaba internada; este solicitó la sangre a un centro de transfusión que, en la época de los hechos, no había pasado a ser parte del ámbito público y, en consecuencia, no surgiría el problema sobre imputación de la responsabilidad a la que aludía Savatier.

En primera instancia, los jueces rechazaron la tesis de la actora, porque la pretensión atentaba contra el principio según el cual “la sangre no es mercadería”. Por su parte, la Corte de Apelación rechazó el argumento de la primera instancia, que no reconocía culpa en el establecimiento de salud y resaltaba que se habían cumplido con los controles periódicos en la donante; además, sostuvo que la existencia de una práctica profesional contraria no eximía al ente asistencial del deber de

reiterar el diagnóstico serológico de la sífilis siempre que se esté en presencia de un donante.

La Corte de Casación siguió un sofisticado razonamiento, gracias a la imaginación de los jueces, para no eximir de responsabilidad al establecimiento de salud en donde se había hecho la transfusión. Encuadró el problema en el ámbito contractual y recogió la idea de la garantía del riesgo y la socialización del daño: en este caso no se trataba de un contrato de naturaleza privada, sino de una convención de derecho público entre el hospital y el centro de transfusión de la que se desprendía una estipulación tácita a favor de tercero —la paciente— cuyo objeto era el suministro de sangre libre de vicios para ella. La Corte de Casación había introducido una norma de responsabilidad objetiva del daño por contagio dentro del ámbito contractual.

Si bien la Sentencia fue un hito jurisprudencial, no tuvo seguidores en las sucesivas resoluciones por cerca de treinta años, hasta que el tema se retomó con gran fuerza a raíz de las acciones resarcitorias de víctimas de contagio postransfusional de VIH ocurridos de manera masiva entre 1980 y 1986, lo que representó un duro momento para el sistema francés (Bettati, 1993). La gravedad de estos hechos determinó la opción de una clara regla de responsabilidad objetiva para la imputación del daño postransfusional.

Razonar en los términos de la Sentencia de Casación de 1954, que se refería a un caso de sífilis y era conocida por la ciencia médica, habría significado limitar la responsabilidad de los centros de transfusión a los casos de contagio ocurridos a partir de 1984, cuando el mundo conoció el descubrimiento científico del VIH.

Los primeros casos de responsabilidad resueltos por las Cortes tuvieron lugar en 1991. El panorama sobre la gestión de los centros de transfusión había variado, pues ahora había muchos centros de naturaleza privada. Esta vez se tenía que afrontar el asunto sobre la imputación de aquellos riesgos imprevisibles, esto es, cuando no es posible detectarlos a la luz de la ciencia y tecnología, lo que se conoció en la doctrina como “el riesgo de desarrollo”. En un primer intento, los jueces optaron por resolver en términos contractuales, pues el centro de transfusión se obliga a suministrar la sangre sin vicios. Mientras, la doctrina se encargó de precisar que con esta fórmula también se cubrían los vicios imprevisibles, a

partir de la interpretación de una norma del Código Civil francés referida a la garantía de los vicios ocultos (art. 1641, CC) en función de la calidad “profesional” del vendedor, quien asume una presunción indiscutible sobre el conocimiento del vicio de la cosa que trasfiere (Ghestin, 1983).

La tendencia de la jurisprudencia se vio reforzada por los lineamientos que venían de la directiva europea relativa a daño por productos defectuosos —aún no introducida formalmente en el derecho francés—, en el sentido de consolidar la “obligación de seguridad” en materia de contrato de venta, con una identidad definida y autónoma con respecto a la garantía por los vicios ocultos de la cosa vendida.

En la experiencia francesa encontramos que la revolucionaria Sentencia de la Casación de 1954 surgió en una época en la que el contexto estadounidense presentaba normas operacionales opuestas; sin embargo, el aspecto institucional ha tenido un rol determinante en la configuración de las características del sistema de la sangre.

La imputación de responsabilidad por culpa como una primera respuesta frente a los daños derivados de la transfusión de sangre

Un objetivo importante de la responsabilidad civil consiste en prevenir los daños mediante la imposición de un modelo de conducta diligente que, si bien no alcanza a eliminar el riesgo, sí pretende reducir su gravedad y frecuencia²¹. El estándar de conducta que permita reducir el riesgo puede ser muy costoso; de allí que le sea exigible a aquel que esté en la capacidad de evitar el daño, es decir, al que disponga de mayor información sobre los riesgos y tenga incentivos para su control y para advertir sobre ellos a terceros (Landes y Posner, 1987).

El asunto radica en determinar el modelo de conducta debida que pueda ser referente para la valoración del comportamiento al que se atribuye el resultado dañoso. En relación con las transfusiones de sangre, apenas se pudo contar con las pruebas de detección del VIH a partir de 1985; antes de este año, la diligencia

21 Recientes estudios sobre la evolución de las reglas de la responsabilidad civil tratan de recuperar la especial importancia que tiene la función preventiva de la institución, no obstante la función de reparación de los daños identifica su naturaleza. Cuando se trata de los nuevos tipos de daños y aquellos que tienen consecuencias nefastas para la sociedad, así como de la protección de la integridad y la inviolabilidad de los derechos fundamentales de la persona, la función preventiva de la responsabilidad civil debe estar en primer lugar (Pascoalotto, 2014).

en la conservación, manipulación y transfusión de sangre era evaluada a la luz de la obtención de información adecuada de parte del donante para evitar el peligro de transmisión de enfermedades o de la posibilidad de terapias alternativas a una transfusión (Di Costanzo, 1998).

En Estados Unidos, donde se inició el camino para detectar la infección de la sangre por VIH, las Cortes resolvieron los litigios por daños de la sangre con base en el estándar del “professional standard of care”, pues aun cuando no existía la obligatoriedad de su aplicación, no se podía exigir el cumplimiento de los métodos de control de la sangre, porque no habían sido establecidos o aplicados de manera uniforme por hospitales, bancos de sangre o productores de hemoderivados; en consecuencia, estos no fueron considerados culpables²².

En efecto, cuando no había unidad de criterios sobre los métodos de control de la transmisión del VIH por la sangre, las Cortes se inclinaron a no exigir el cumplimiento de tal o cual método de control. Al respecto, una postura que sirvió de refuerzo para esta valoración de la culpa consistió en el relieve que tenía la concepción de la sangre y los hemoderivados como parte del “servicio médico”; desde esta óptica, se decidió valorar la conducta en conjunto, sea del médico o del establecimiento de salud, debido a la insuficiente información médico-científica de la que disponían los jueces para determinar cuál era la mejor forma de examinar la sangre antes de una transfusión²³.

Si la transfusión de sangre es un “servicio médico”, se entiende que el parámetro de valoración de la conducta está en el grado de diligencia observado en un determinado sector, en este caso el médico, que se determina *ex ante* y con los conocimientos y las técnicas disponibles en el momento de ejecutar la conducta. Ahora bien, la prueba a cargo de la víctima consiste en establecer que un examen de la sangre o una política más agresiva de control de los donantes podría haber

22 En este sentido, Joseph Huff (1999) se refiere, entre otros, a los siguientes casos: Sanders vs. Colloquit County Hosp. Auth, 348 S. E. 2d 490 (Ga. Ct. App. 1986); Spikes vs. Heath, 175 Ga. App. 187, 332 S. E. 2d 889 (1985); McKee vs. Miles Lab., 675 F. Supp. 1060, 1064 (E. D. Ky. 1987), *aff d*, 666 F. 2d 219 (6th Cir. 1989) y Doe vs. American Red Cross Blood Servs., 377 S.E. 2d 323, 326 (S.C. 1989) (Huff, 1999).

23 Christopher Hillyer (1999) reporta algunos casos que ilustran las decisiones de los jueces en el sentido de la necesidad del examen de la conducta del médico o la del establecimiento de salud con anterioridad a la transfusión; así se muestra en el caso United Blood Servs. vs. Quintana, 827 P. 2d 509, 520 (Colo. 1992). (Hillyer, 2007).

reducido el peligro de recolección y distribución de la sangre infectada²⁴. Esto significa que la prueba de la víctima para definir la negligencia médica estaría basada en la existencia de pruebas más actuales, aun cuando no sean de aplicación mayoritaria por el sector médico. Con este razonamiento, si la defensa del médico o del centro de salud fuera que este actuó de acuerdo con la praxis consolidada en el momento de la producción del daño, no debería ser acogida, puesto que todo el sector industrial podría estar errado, ergo, negligente.

Esta posición ha sido expuesta sin mayor cuestionamiento por la jurisprudencia estadounidense en los casos de la responsabilidad por productos defectuosos. En ellos se ha evidenciado que la inexistencia de una ley que imponga el uso de test idóneos para prevenir accidentes o de alguno con escasa aplicación industrial no puede exonerar de responsabilidad por culpa al productor²⁵. Lo que interesa destacar es que la jurisprudencia estadounidense conserva un principio fundamental para la evaluación de la culpa desde la primera mitad del siglo XX, conforme al cual el grado de diligencia debe ser independiente de la costumbre establecida por la industria, cuando esta adopta métodos de producción incipientes o peligrosos. Al respecto, el reconocido juez Learned Hand aclaró en el caso *T. J. Hooper*²⁶ que, en la mayor parte de los casos, la prudencia razonable coincide con aquella común, pero hizo énfasis en que esta última no debe ser la medida de la prudencia, pues la costumbre podría generar retrasos injustos en la adopción de mecanismos de precaución nuevos y ya en uso por algunos sujetos de la industria. Hand (citado en Epstein, 1992) creyó apropiado sugerir que fueran las Cortes las que fijaran el comportamiento exigible, dado que existen “precautions so imperative that even their universal disregard will not excuse their omissions”.

24 Surgen posiciones contrarias a la aplicación del “professional standard of care” para los casos de daños derivados de transfusión de sangre, porque el comportamiento en aquella época parecería como una legitimación pasiva para esperar que sean los acontecimientos los que impulsen una intervención más cautelosa frente a los pacientes (Baker, 1991).

25 El caso *Marsh Wood Products Co. vs. Babcock & Wilcox Co.*, 207 Wis. 209, 226, 240 NW. 392, 399 de 1932 es reportado por Markesinis y Unberath (2002), para resaltar que sobre el fabricante de un producto existe un deber de cuidado que se extiende incluso a cubrir los daños a la propiedad.

26 Esta tesis es retomada por Richard Epstein (1992), quien precisa que la observancia de la costumbre debería excluir la responsabilidad solamente en los casos de responsabilidad contractual, pero no cuando los efectos se producen para terceros, para quienes aplica la responsabilidad extracontractual; ello con el fin de evitar que una categoría de victimarios instituya una práctica generadora de daños que deban soportar las víctimas y sea avalada por la jurisprudencia.

•La imputación de responsabilidad por transfusión de sangre•

El referido precedente tuvo resonancia en la jurisprudencia sucesiva hasta que fue contemplado en el Segundo “Restatement of Torts”, de 1965, en el Comentario c a la Sección 295 sobre la costumbre. Allí se expresó donde quedó establecido que:

[...] a ningún grupo de individuos, industria o sociedad, se puede admitir la adopción de métodos negligentes y descuidados por ahorro de tiempo, esfuerzo o dinero, y establecer así el propio descontrolado estándar de comportamiento a expensas del resto de la comunidad (traducción propia).

Esta línea sirvió a una parte considerable de la jurisprudencia para sostener que la responsabilidad de los bancos de sangre debía ser valorada con base en el estándar de la diligencia ordinaria aplicado al caso concreto y que no se supeditara a la práctica ya aceptada por los bancos de sangre en el medio profesional. Sin embargo, se enfrentaron serios problemas de prueba en cuanto a la identificación *a priori* de un estándar de diligencia, debido a que la transfusión sanguínea constituye un sector de la medicina en constante y rápida evolución; en él, los conocimientos que se refieren a la transmisión de enfermedades se encuentran en permanente cambio y, por ende, es difícil ubicar un modelo abstracto de referencia para la determinación de la responsabilidad²⁷.

Insuficiencia de la culpa para garantizar el derecho del paciente infectado por una transfusión de sangre: un análisis desde la experiencia estadounidense

Gracias al desarrollo de la ciencia y de la técnica, fue posible disponer de la existencia de unos test para la detección del VIH. Con ello, se vio superada la dificultad de instituir los parámetros de una valoración de la diligencia debida que, hasta ese momento, eran inciertos porque no había unos referentes claros para evaluar la conducta en transfusión²⁸. Lo mismo puede señalarse respecto al descubrimiento de otros test para la detección de otros virus transmisibles por la sangre y que pueden provocar enfermedades en el paciente transfundido. En efecto, para

27 Zeno-Zencovich (1994) expresa que en materia médica “es probablemente inadecuada la propia identificación de un único estándar de responsabilidad” (Zeno-Zencovich, p. 95).

28 El test Elisa para la determinación de los anticuerpos del VIH fue empleado y difundido en los países industrializados solo a partir de 1985 (Health and Human Service, 1985). En 1988 se descubrió otro virus responsable de la enfermedad —el VIH-2—, pero su prueba de identificación se introdujo en 1990 en Estados Unidos (Center for Disease Control, 1988).

que concurra una conducta culpable el daño como consecuencia de la conducta a cuya realización se imputa dicho daño debe haber sido razonablemente previsible y evitable. Si en el momento de su ejecución no existían o no se habían difundido los exámenes que podrían hallar la presencia del virus, no es posible atribuir de responsabilidad por culpa y, al menos en este sentido, se resolvió una serie de casos de infecciones del VIH en los Estados Unidos²⁹.

Si bien la aplicación de dichos exámenes previos a una transfusión ha logrado reducir el contagio de virus por vía transfusional, no se elimina la posibilidad del mismo en el período de latencia de la enfermedad, es decir, antes de que el organismo emita alguna respuesta. De tal manera, aquellos pacientes que resultan infectados en ese lapso, no alcanzarían a ser protegidos bajo las reglas de la responsabilidad, toda vez que, a la luz del cumplimiento de la diligencia debida, las pruebas arrojarían un resultado negativo. Además, se habrían llevado a cabo los test de rigor previos a la transfusión y a la revelación del virus en la sangre, situación que evidencia el cumplimiento de los deberes de cuidado a cargo del centro de salud que practica la transfusión. En efecto, en ese evento, el daño no habría sido previsible ni evitable, y, por ende, no habría culpa.

Para que hubiere culpa y que los daños resultantes del acto de transfusión fuesen imputables a quien lo ejecutó (centro de salud o banco de sangre), era necesario que se hicieran controles o procedimientos contrarios a los exigidos por las leyes o los protocolos médicos o que haya ausencia de ellos.

La experiencia estadounidense ilustra que la prueba de la ausencia de los controles obligatorios puede basarse en la documentación existente en el banco de sangre u hospital sobre la práctica de la recolección y distribución de la sangre, en la forma de su comercialización y en la difusión de instrucciones al personal competente sobre la correcta utilización de la sangre. Ello solo se determina una vez se precisen los exámenes obligatorios, pues, como se advierte en precedencia, si no se dispone de tales test, es imposible activar una responsabilidad por culpa. En

29 Solo en 1984 cuando en los Estados Unidos se pudo aislar un retrovirus conocido como HTLV-III/LAV como una probable causa del sida, quedó claro para la comunidad científica que la enfermedad se transmite por la sangre o sus derivados (Curran, Lawrence y Jaffe, 1984). Sin embargo, el aislamiento del virus es todavía un examen muy difícil, extenso y de alto costo (Malizia y Ponti, 1994).

este sentido se pronunciaron las cortes estadounidenses³⁰ dada la imposibilidad de hallar culpa en la transfusión sanguínea.

En coherencia con el referido planteamiento y una vez descubierta la prueba de VIH, se produjeron diversos casos de negligencia en Estados Unidos por ausencia de controles, los cuales fueron resueltos a favor de las víctimas transfundidas³¹. Cabe recordar que la Food and Drug Administration (FDA) autorizó la difusión del kit Elisa el 2 de marzo de 1985 y aconsejó su aplicación apenas se encontrara en circulación. Durante el período en el que los bancos de sangre pudieron contar con ese kit Elisa y el tiempo de la capacitación para su aplicación, la actividad de transfusión continuaba su curso y en ese lapso, que podría calificarse de transición, tuvieron lugar contagios del VIH. Se puede imaginar la posición de las Cortes en relación con una imputación de responsabilidad en estos casos, si se tiene en cuenta la línea trazada hasta entonces, es decir, inclinada a la aplicación de la culpa solo en la medida en que existieran los exámenes y controles para la evaluación de la sangre³² en el momento de su almacenamiento. La posición señalada es criticable, si se atiende al concepto relacional de la culpa³³, esto es, aquel que tiene en cuenta la expectativa de seguridad legítima del paciente que es sometido a una transfusión, de que la sangre se encuentre en óptimo estado y el acto de transfusión se lleve a cabo de acuerdo con los parámetros de seguridad fijados por las leyes y los protocolos médicos. Todo ello supone un elevado grado

30 Un caso que muestra la negativa de resarcimiento del daño a un recién nacido por haber contraído sida como consecuencia de una transfusión previa a los exámenes que permitieron detectar el virus fue *Kozup vs. Georgetown University*, 663 F. Supp. 1048, D. D. C. 1987 (Smith, 2005).

31 En este sentido, el caso *John Jones vs. The Am. National Red Cross*, Civil N° 88-4510 (D. N. J. abril 19, 1989) ilustra que no se realizaron los controles previos a la donación de sangre, a pesar de que se había descubierto el test de Elisa el 8 de marzo de 1985; en el caso *John Brown vs. The Am. Nat'l Red Cross*, Civil, N° B-89-1244 (D. Md. 22 set., 1989), se reconoció la responsabilidad del banco de sangre, pues aunque había recibido desde hace varios días el kit Elisa, no informó al hospital sobre los nuevos controles que debían hacerse a la sangre solicitada y recibida (Shapo, 2012).

32 En el caso *Kirkendall vs. Harbor Ins. Co.* (698 F. Supp. 768 (W.D. Ark. 1988), *aff d*, 887 F. 2d 857, 8th Cir. 1989, reportado por Scott Baldwin (Baldwin, 2016, p. 263) se resolvió en el sentido de la negativa de responsabilidad por la transfusión de una unidad de sangre infectada con VIH suministrada en una intervención quirúrgica el 28 de marzo de 1985. Esta fue almacenada antes de que las pruebas Elisa estuvieran disponibles y transfundida con posterioridad, lo que habría permitido la realización de los controles pertinentes. La Corte consideró que el banco de sangre fue diligente, puesto que el uso de tales pruebas fue autorizado hacia mediados de 1985.

33 Sobre el modelo relacional de la culpa se ha explicado que debe existir una valoración de la relación jurídica que ocurre entre el causante del daño y la víctima en términos de análisis económico del derecho. Desde esta perspectiva, se impone la responsabilidad a quien se encuentre en la mejor posición para realizar el análisis que reduzca los costos del daño y los costos de prevención (Cafaggi, 1996).

de diligencia con el fin de evitar resultados que comprometan la salud del paciente de manera permanente, como el contagio de VIH.

En la jurisprudencia estadounidense se puede observar que la culpa ha revelado gran dificultad para constituir el criterio de imputación que permita tutelar adecuadamente la salud de los pacientes de manera plena y suficiente, sobre todo en los casos de daños derivados de transfusión de sangre.

Imputación de una responsabilidad agravada como segunda respuesta frente a los daños derivados de la transfusión de sangre: hacia la responsabilidad objetiva

La experiencia estadounidense muestra que el criterio de imputación subjetivo de responsabilidad —la culpa— no facilita el cumplimiento de una adecuada función de compensación de los daños a las víctimas de daños con ocasión de las transfusiones de sangre, a causa del riesgo inherente a estas actividades. Lo mismo se puede afirmar acerca de la función preventiva, toda vez que se requiere de diligencia en la administración de los procedimientos y controles de la sangre, con el fin de evitar su contaminación cuando está almacenada en el banco y en la transfusión.

Una explicación de la posición de la experiencia estadounidense en la elección de la culpa como fundamento de la imputación de la responsabilidad en estos casos consiste en haber clasificado a la sangre como una “práctica terapéutica de vital importancia”, así, toda actividad que le concierna forma parte de los denominados “servicios esenciales” y estos, a su vez, se ubican en el terreno del derecho público.

En esa medida, el surgimiento en la institución de la responsabilidad civil de un supuesto especial de la responsabilidad del productor por daño derivado de producto defectuoso (Woolcott, 2007) no ha alcanzado a los casos de las transfusiones de sangre, lo que ha dado lugar a que en Estados Unidos se catalogue a las víctimas de daños derivados de la sangre y a las víctimas de otros casos de responsabilidad a las que sí les beneficia la responsabilidad civil objetiva. La razón que sostiene esta postura limitante de la responsabilidad es la necesidad de promover las donaciones de sangre y evitar su agotamiento en los bancos, así como favorecer la producción de hemoderivados, lo cual se contempla en las leyes de protección de la sangre.

La jurisprudencia estadounidense ha afirmado la diferencia entre el consumidor y el “usuario”. Esta segunda calificación corresponde al paciente que es transfundido, pues hay consenso entre las Cortes en aceptar que “la sangre y sus derivados son considerados únicos y médicamente vitales por la incapacidad humana para producir un sustituto sintético”³⁴. Se trata de una posición que sustrae a la sangre y sus derivados de un posible manejo por parte del sector privado, es decir, de su comercialización. Ello es loable desde que se considera a la persona humana y las partes del cuerpo fuera del comercio. Además, no atribuir al paciente transfundido la calidad de consumidor, sino la de “usuario de un servicio de transfusión”, hace énfasis en el carácter especial que tiene este elemento vital del cuerpo y no puede estar fuera del libre intercambio de bienes en el mercado. Sin embargo, no queda sin crítica la postura que limita la responsabilidad a la imputación por culpa, al no garantizar la protección de las posibles víctimas del daño transfusional, ya que la liberación de responsabilidad del demandado se sustenta, en que se tuvo el comportamiento conforme a la diligencia debida y no se tendrán en cuenta los riesgos adicionales, los no previsibles o evitables que pudieron presentarse en el caso.

Al referido cuestionamiento cabe agregar el que se desprende de la propia actividad de los bancos de sangre, los cuales llevan a cabo actos comerciales cuando se vinculan con los productores de hemoderivados. De esta manera, asumen la función de recolectar y distribuir la sangre a las industrias farmacéuticas, los hospitales y pacientes a cambio de un precio, lo que se pone en evidencia con la circulación de un producto destinado al consumo humano³⁵. Como puede observarse, es una realidad que, si bien tiene como objeto un producto, recibe el tratamiento de “servicio”, con el fin de excluir la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva que favorecería a los pacientes del fluido.

A partir de las críticas formuladas, se puede identificar una línea que se abre hacia la aplicación del supuesto de responsabilidad civil del productor a los casos de daños derivados de sangre infectada, vale decir, un camino para la

34 Así se pronunció la Suprema Corte (1988) estadounidense en el caso *Samson vs. Greenville Hospital System* (Samson I). En la misma causa, la Corte precisó que la *ratio* de la ley de protección de la sangre impone que “la sangre no es un producto para los fines de la responsabilidad objetiva”. También sostuvo que los servicios no pueden ser sujetos a una responsabilidad objetiva, lo que se extiende a cualquier caso de transmisión de enfermedades mediante transfusión sanguínea.

35 En este sentido se señaló en el caso *Russell vs. Community Blood Bank* (Di Costanzo, 1998).

responsabilidad objetiva en el sector de las transfusiones de sangre (Franklin, 1972; Westfall, 1986) que permite promover el uso de todos los controles y procedimientos disponibles para las pruebas de la sangre.

Esta línea, que se encuentra demarcada en la doctrina estadounidense se condice con las políticas de seguridad y calidad de la sangre (Dorney, 1994), promovidas por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la legislación especializada que surge en los países a partir de mediados de la década del ochenta.

La sangre como producto y la imputación de una responsabilidad objetiva

La sangre es un elemento vital del cuerpo humano. Sin embargo, esta calidad no desdeña su naturaleza de bien jurídico y, por tanto, posible objeto de relaciones jurídicas intersubjetivas. Además, el líquido elemento hemático adquiere un valor por la circulación, lo que se produce en el procedimiento de extracción, almacenamiento y transfusión a pacientes que lo requieren. A ello cabe agregar que la sangre es adquirida en los bancos de sangre por las casas farmacéuticas para elaborar productos hemoderivados.

Si se es consciente de todas las actividades posibles cuyo objeto es la sangre, debe también reconocerse su calidad de bien o producto que es puesto en circulación. Ciertamente, el fin de dicha circulación no es el lucro y en este sentido se pronuncia todo ordenamiento jurídico que parte de la consideración de que la sangre es una parte del cuerpo y, como tal, no está destinada al comercio. Son las normas de orden público las que exigen una protección y un tratamiento especial a la sangre, al disponer que las mismas regulen toda actividad que se refiere a dicho elemento y que no deben tener por finalidad el ánimo de lucro³⁶.

Si la sangre es un bien con un valor económico y social, conforme lo evidencia cada acción que la pone en circulación, nada obsta a que se incluya entre

36 Se lee en el Artículo 2 del Decreto 1571 de 1993: "La salud es un bien de interés público. En consecuencia son de orden público las disposiciones del presente Decreto, mediante las cuales se regulan las actividades relacionadas con la obtención, donación, conservación, procesamiento, almacenamiento, transfusión y suministro de sangre humana y de sus componentes o hemoderivados, así como su distribución y fraccionamiento por parte de los establecimientos aquí señalados". Luego, en el Artículo 4, se destaca ausencia de lucro en los términos que siguen: "La sangre humana sólo podrá ser extraída y utilizada sin ánimo de lucro, con fines preventivos, terapéuticos, de diagnóstico en seres humanos o para investigaciones científicas".

•La imputación de responsabilidad por transfusión de sangre•

los bienes que contempla el Código Civil³⁷. En efecto, dicha circulación surge cuando el paciente requiere de una transfusión de sangre o cuando la industria farmacéutica adquiere el líquido para la producción de hemoderivados, los que constituyen actos que dan lugar a una relación jurídica generadora de derechos y obligaciones (Stanzione, 1986).

La normativa de protección al consumidor admite a la sangre y a sus derivados dentro de la noción de producto, la cual entiende el “bien” de manera muy amplia. En algunos casos se ha precisado que el producto consiste en “todo bien mueble”, aun si está incorporado en otro bien mueble o inmueble, como lo previó en principio la Directiva Comunitaria N° 85/374 sobre la responsabilidad por daños derivados de productos defectuosos. Esta dispuso en su Artículo 2 lo siguiente:

A los fines de la presente directiva, por “producto” se entiende todo bien mueble, a excepción de los productos agrícolas naturales y de los productos de la caza, aun si forman parte de otro bien móvil o inmóvil. Por “productos agrícolas naturales” se entienden los productos del suelo, de la ganadería y de la pesca, con exclusión de los productos que hayan sufrido una primera transformación. Por “producto” se entiende también la electricidad (Consejo de las Comunidades Europeas, 1985).

En términos más amplios, la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (2001) modificó la noción de producto contenida en la Directiva de 1985, extendió sus alcances a todos los productos e incorporó los productos de la naturaleza. Expresó en su Artículo 2 que por producto se entenderá:

[...] cualquier producto [...] destinado al consumidor o que, en condiciones razonablemente previsibles, pueda ser utilizado por el consumidor aunque no le esté destinado, que se le suministre o se ponga a su disposición, a título oneroso o gratuito, en el marco de una actividad comercial, ya sea nuevo, usado o reacondicionado.

Puede notarse que lo importante en la noción de producto es que sea destinado al consumidor, sin importar si llega a él a título oneroso o gratuito. Lo que configura la finalidad de una normativa que protege al consumidor es la seguridad de los productos puestos en el mercado, con el fin de que no se arriesguen la salud y la seguridad de las personas; para ello, el Legislador europeo ha sido muy

37 El Código Civil colombiano señala en el Artículo 653 que “los bienes consisten en cosas corporales o incorporales. [...] Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos [...]”.

enfático y puntual en sus disposiciones. El Artículo 2.b) de la Directiva 2001/95/CE, relativa a la seguridad general de los productos, define el “producto seguro” como:

[...] cualquier producto que, en condiciones de utilización normales o razonablemente previsibles [...] no presente riesgo alguno o únicamente riesgos mínimos compatibles con el uso del producto y considerados admisibles dentro del respeto de un nivel elevado de protección de la salud y seguridad de las personas, habida cuenta, en particular, de los siguiente elementos: i) características del producto [...] ii) efecto sobre otros productos cuando razonablemente se pueda prever la utilización del primero junto con los segundos, iii) presentación del producto [...] iv) categorías de consumidores que estén en condiciones de riesgo en la utilización del producto, en particular los niños y las personas mayores³⁸.

Es comprensible entonces que la circulación de la sangre ingrese en el ámbito de aplicación de la normativa de protección al consumidor en especial en lo concerniente a la aplicación del régimen de responsabilidad por los daños derivados de producto defectuoso. Si bien la sangre es un bien de naturaleza *sui generis* por cuanto constituye una parte del cuerpo humano, este carácter no debe impedir que la normativa que consagra una responsabilidad objetiva por productos defectuosos beneficie a las víctimas de daños por transfusiones, toda vez que a la sangre no le es ajena la calidad de producto, conforme a lo que se viene sosteniendo³⁹.

En el plano latinoamericano, la normatividad europea en materia de responsabilidad por productos defectuosos ha sido la matriz que ha permitido internalizar este supuesto⁴⁰. Así ha sido introducido en las respectivas legislaciones en materia de derecho del consumidor en las últimas décadas: en Colombia se introdujo este régimen de responsabilidad del productor en el Artículo 20 del

38 La citada definición de “producto seguro” también se encuentra en el ordenamiento estadounidense en el Restatement (Second) of Torts, sección 402ª y en el Uniform Commercial Code, secciones 2-314 y 2-315, relativas a la garantía implícita contractual.

39 Respecto a la aplicación de la disciplina europea de la responsabilidad del productor a los casos de daños derivados de transfusiones de sangre, se ha puesto de relieve que es el valor de la utilidad social que tiene la actividad de las casas farmacéuticas el que no debe permitir que se generen daños a terceros (Barengi, 1994; Busato, 1994).

40 Un exhaustivo análisis sobre el balance del régimen de la responsabilidad del productor en los cinco continentes ha sido realizado por Mathias Reimann (2003). Analiza desde una mirada comparativa la implementación y evolución que ha tenido dicho régimen en todo el mundo, aunque su origen se registre en Estados Unidos.

Estatuto del Consumidor de 2011⁴¹, el cual entró en vigencia en abril de 2012 y en Perú se incorporó en el Artículo 101 del Código de Protección y Defensa del Consumidor de 2010⁴².

Se desplazó el tradicional régimen de imputación subjetiva, es decir, basado en la culpa del causante del daño y que ha evidenciado carencia de respuesta satisfactoria para las víctimas de daños derivados de productos defectuosos. En su lugar, el supuesto especial de responsabilidad del productor surgió para cubrir el vacío que había sido atendido por una atribución basada en la culpa del fabricante, difícilmente probada en las causas que se promovieron hasta mediados del siglo XX y que, en los sistemas de base romanogermánica, halló resonancia en la década del ochenta para luego extenderse al resto del mundo (Woolcott, 2007b).

Sin extender la explicación del supuesto de responsabilidad por producto defectuoso, solo señalaremos que en una eventual demanda, la víctima deberá probar el daño, la relación causal entre este y el acto de transfusión y, en teoría, el defecto del producto, lo que correspondería a probar que la sangre estaba contaminada y transmitió la enfermedad al paciente transfundido. Como la prueba del defecto resultaría muy difícil para esta parte y, en cambio, sí sería factible para quien realizó la transfusión (el banco de sangre o el establecimiento de salud autorizado), entonces cabe una inversión de la carga de la prueba, para que este último aporte las pruebas de que la sangre no estaba contaminada en el momento de la transfusión. Si la víctima logra demostrar que se ha vulnerado algún procedimiento o control previo a la transfusión, habrá presunción del defecto de la sangre.

Tratamiento del problema de imputación de la responsabilidad en la experiencia jurídica colombiana por medio de una revisión jurisprudencial

Un estudio realizado por la Organización Panamericana de la Salud (OPS, 2013), titulado *Situación del suministro de sangre segura en los países de la subregión andina, 2009-2012*, concluye que en estos países, entre los cuales se encuentra

41 El Artículo 20 de la Ley 1480 de 2011 dispone: "El productor y el expendedor serán solidariamente responsables de los daños causados por los defectos de sus productos, sin perjuicio de las acciones de repetición a que haya lugar [...]".

42 "El proveedor es responsable de los daños y perjuicios causados a la integridad física de los consumidores o a sus bienes por los defectos de sus productos [...]" (Perú, Congreso de la República, 2010, art. 101).

Colombia, existen leyes suficientes que disponen los controles y procedimientos a los que debe someterse la sangre en todas las fases, desde la recolección a la transfusión. Sin embargo, por los informes requeridos a cada uno de los países de la región se ha constatado que el cumplimiento de dicha normativa es incipiente. De allí emergen las recomendaciones de la OPS para reforzar los programas nacionales de sangre y la permanente vigilancia del cumplimiento de los preceptos vigentes en esta materia⁴³. Se trata de una realidad que destaca la existencia de unas condiciones en la práctica del tratamiento de la sangre que pueden favorecer el contagio de enfermedades por medio de transfusión. En otros términos, en el actual contexto de la salud en Colombia, el riesgo natural que representa el acto de transfusión y la sangre misma se ve incrementado por el incumplimiento de las normas de protección de la sangre, en desmedro de la salud de los pacientes que deben someterse a él.

Por otro lado, luego de una revisión jurisprudencial, se observa que es escaso el número de procesos judiciales relativos a contagios por transfusión de sangre. Sin embargo, se reportan algunos casos que han llegado al Consejo de Estado y que ilustran la condición actual de la imputación del daño postransfusional en Colombia, sin perjuicio de aludir a una sola sentencia de la Corte Suprema de Justicia (2013), por ser el único pronunciamiento judicial de la máxima instancia de la justicia ordinaria en Colombia.

En sentencia del 29 de enero de 2004⁴⁴, el Consejo de Estado se pronunció en un caso de transfusión de sangre a una mujer a quien se le practicó una cesárea en la Clínica Palermo en 1989. El Laboratorio Clínico y Banco de Sangre Jorge Alvarado Domínguez, que obtuvo la licencia de funcionamiento en 1981, dotaba de sangre a la mencionada clínica. Sin embargo, la licencia se venció y el laboratorio continuó funcionando, sin objeción alguna de la Secretaría de Salud de Bogotá ni del Ministerio de Salud. Sucesivas indagaciones revelaron que la sangre proveniente de ese lugar estaba contaminada y provenía de un portador del sida, lo que se publicó en el diario *El Tiempo* el 3 de septiembre de 1993 y llegó

43 De acuerdo con los programas nacionales, todas las unidades de sangre que se transfunden en la Subregión son tamizadas para VIH 1-2, AgHB, VHC, *T. cruzi* y *T. pallidum*. Por su parte, los bancos de sangre afirman disponer de tecnología de punta para hacer las pruebas de tamizaje. Sin embargo, en cuanto a la existencia de programas de evaluación externa de su desempeño en los test, la frecuencia del envío es baja, por lo que la OPS (s. f. a) recomienda reforzar esta estrategia de evaluación.

44 Se trata de una acción de reparación directa (Consejo de Estado, 2004).

•La imputación de responsabilidad por transfusión de sangre•

a conocimiento de la paciente, quien se sometió a la prueba de detección de VIH y resultó positiva.

Sin perjuicio de la responsabilidad que corresponde al donante de sangre que, con conocimiento de su enfermedad, no informó de ella al establecimiento de salud donde donó sangre⁴⁵, la Sentencia se pronunció sobre la responsabilidad de los entes de salud involucrados —de naturaleza privada— y la del Estado. Este último, según el Artículo 2 de la Constitución de 1991, estaba encargado de “servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes [...]” y, de acuerdo con el Consejo de Estado (2004), tenía “el deber jurídico de ejercer vigilancia y control sobre el funcionamiento del Banco de Sangre, por lo que considera que no se cumplió con la obligación de supervisar a los particulares en el ejercicio de determinadas actividades”. De allí derivaron perjuicios a otras personas, y por esa omisión, se declaró a la Nación (Ministerio de Salud) y al distrito de Bogotá (Secretaría de Salud) solidariamente responsables del perjuicio causado a la víctima⁴⁶.

Como se puede apreciar, corrobora el hallazgo de la Organización Panamericana de la Salud (OPS, 2013), en el sentido de que aun con las disposiciones legales⁴⁷ que imponen el control y vigilancia de los centros de salud que

45 El Artículo 36 del Decreto 1543 de 12 de junio de 1997, por el cual se reglamenta el manejo de la infección por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH), el síndrome de la inmunodeficiencia adquirida (sida) y las otras enfermedades de transmisión sexual (ETS), consagra el deber que tiene la persona infectada con VIH o que haya desarrollado el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida) y conozca tal situación de informar, a su pareja sexual y al médico tratante o al equipo de salud ante el cual solicite algún servicio asistencial, con el fin de poder garantizar el tratamiento adecuado y evitar la propagación de la epidemia.

46 El Artículo 74 del Decreto 616 de 1981 dispone que “corresponde a los Servicios Seccionales de Salud y al Banco Nacional de Sangre de referencia, ejercer el control y la inspección indispensables para que se cumplieran, de manera permanente, los requisitos previstos en el mismo Decreto, así como las políticas señaladas por el Ministerio de Salud”. Entre estas últimas se pueden señalar las fijadas en el Manual operativo para bancos de sangre.

47 Con posterioridad al momento en el que sucedieron los hechos, se emitió el Decreto 1571 del 12 de agosto de 1993, hoy vigente, cuyo Artículo 42 consagra la obligación para cualquier banco de sangre de practicar a cada unidad de sangre todas las pruebas para la detección de virus y otros anticuerpos que ha previsto la norma, así como que resulten de los estudios de vigilancia epidemiológica de una región determinada por parte del Ministerio de Salud. De conformidad con el Artículo 24 del citado Decreto se creó “[...] la Red Nacional de Bancos de Sangre, como un sistema técnico administrativo, cuyo objeto es la integración funcional de los bancos de sangre del subsector público y privado, cualesquiera que sea su categoría y su carácter, a través de la coordinación de actividades técnicas y administrativas para el desarrollo de programas del sector salud relacionados con el uso adecuado de la sangre y hacer accesible a toda la población la sangre y sus derivados de óptima calidad, en forma oportuna y suficiente y como medio de vigilancia epidemiológica”. El Ministerio de Salud y Protección Social dictó la Resolución 437 de 14 de febrero de 2014, por la cual se instituye la obligación a cargo de los bancos de sangre de realizar las

realizan tratamientos y procedimientos con la sangre, existe un incipiente cumplimiento de las normas. Tal circunstancia revela una grave omisión en la que incurren dichos establecimientos y el propio Estado, lo que trae consecuencias mortales para una paciente que requiere de la transfusión y resulta infectada por un virus letal.

Otro interesante fallo del Consejo de Estado en esta materia tiene lugar en 2011⁴⁸ y recayó en el caso de una paciente que se sometió a tratamiento de hemodiálisis. Se hizo un trasplante renal intrafamiliar que fue rechazado dos años después, por lo que se le practicó una nefrectomía del riñón trasplantado. Casi dos años más tarde, se le detectó el sida. A la paciente le realizaron 160 hemodiálisis de filtrado de sangre en las máquinas del Hospital Universitario, con desenlace fatal.

El Consejo de Estado se refirió al hecho que, al ser silenciosa la sintomatología del sida y al existir múltiples formas de contraerla, es imposible determinar que su contagio se haya producido por una falla en el servicio. Por eso, señaló que la falla del servicio no se puede presumir en estos casos, puesto que el daño (la transmisión de la enfermedad) pudo haber tenido origen en una conducta distinta a tal falla. Consideró además que la falla en la prestación del servicio solo se genera cuando las entidades han incumplido el contenido obligatorio que les corresponde y, en ese contexto, resulta imperativo precisar si en el momento de ocurrencia de los hechos las entidades se hallaban en la posibilidad de prevenir el contagio, pues nadie puede estar obligado a lo imposible, ni siquiera en el servicio público, precisó el Consejo.

A tenor de los fundamentos del Consejo, para condenar al hospital por la transmisión de una enfermedad, debe existir certeza de que el origen del daño consistió en el incumplimiento de las medidas de seguridad fijadas.

La Sentencia propone, en otros términos, que recaiga sobre la víctima la casi improbable tarea de mostrar que el establecimiento que practicó la transfusión vulneró los controles y procedimientos de la sangre y que dicho incumplimiento ocasionó el daño. Prevalece un enfoque subjetivista en el tratamiento del problema, pues aunque se hable de una falla del servicio, se alude a que para la época de los hechos, se desconocía cuál era el contenido obligatorio y si las entidades se

pruebas de anticuerpos contra el virus linfotrópico de células T humanas I/II (HTLV/II) y la detección de anticuerpos contra el antígeno core del virus de la hepatitis B (antiHBC).

48 Se trata de una acción de reparación directa resuelta mediante Sentencia de Consejo de Estado (2011).

hallaban en la posibilidad de prevenir el contagio. En otras palabras, predomina un razonamiento en términos de culpa, sin cuya prueba no es posible atribuir la responsabilidad; este argumento es desvirtuado a la luz de la evolución de la responsabilidad civil por daños de transfusión de sangre, conforme se desprende del examen de las experiencias estadounidense y francesa.

En el primer capítulo se explicó que el acto de transfusión y la sangre misma se caracterizan por el riesgo inherente que encierran; de allí que una solución desde la responsabilidad civil en términos de responsabilidad subjetiva no ofrezca alguna posibilidad indemnizatoria a la víctima de estos daños. Basta citar las probabilidades de contagio que existen en la etapa de la denominada “ventana serológica”, que consiste en “el período inmediatamente después de ocurrir la infección” (Suarez *et al*, 2007, p. 60), en la cual es normal que las pruebas de laboratorio no detecten la enfermedad y que el paciente aun no presente síntomas.

Por último, en el momento del presente estudio, se ha encontrado una sentencia reciente, en la cual, el Consejo de Estado (2014) se sostuvo que en el caso correspondía aplicar la imputación por la “falla del servicio”. El asunto se refiere a una víctima que, tras sufrir unas heridas con arma de fuego, fue llevada al Hospital Departamental de La Mesa (Cundinamarca) en donde se intervino quirúrgicamente y recibió varias unidades de sangre en septiembre de 2001, de las cuales tres estaban infectadas con VIH. Dichas unidades no fueron objeto de prueba alguna antes de la transfusión, lo que se hizo luego de la transfusión, mediante las pruebas de Elisa y Westernblot con resultado positivo. Por tanto, se declaró que el Hospital Pedro León Álvarez Díaz, de La Mesa (Cundinamarca) era responsable de los daños sufridos por la demandante.

El Consejo de Estado (2014) expresó que la Administración Pública tenía el deber legal de evitar un efecto dañoso, pues era el garante de la víctima y, en el caso de la transfusión de sangre, debía llevar a cabo los exámenes correspondientes para comprobar que esta no se encontraba infectada con algún virus. Destacó en la consideración 2.2 la relación del material probatorio y puso de relieve, entre otras pruebas, el “Formato para la supervisión de la transfusión”, diligenciado el 1 de septiembre de 2001 por el Hospital Pedro León Álvarez Díaz, de La Mesa, en el cual se hizo constar lo siguiente: “Debido a que el Hospital Pedro León Álvarez Díaz no cuenta con la sangre con las respectivas pruebas de VIH, Chagas, hepatitis y UDRL, entre otras, debido a la falta de reactivos y teniendo

en cuenta el estado crítico de la paciente Diana Vega, el personal médico encargado determinó que se transfundiera sin dichas pruebas. Se aclara que la paciente corre riesgo inminente de muerte por hemorragia y además no hay familiar para autorizar transfusión” (Consejo de Estado, 2014).

El formato del hospital evidencia que no existían los medios adecuados para que tuviera lugar el procedimiento de transfusión y, a pesar de ello y del mandato legal⁴⁹, se llevó a cabo. Argumento contundente que corrobora otra vez las conclusiones del estudio de la OPS (2013) que se ha tomado como referencia para determinar el estado actual de las transfusiones y del tratamiento de la sangre en los países de la subregión.

El Consejo de Estado (2014) considera que en ese caso se ha producido una falla probada en el servicio, para lo que se remite a lo sostenido por el propio Consejo en el año 1997 en los siguientes términos:

En casos como el presente, en los cuales se imputa responsabilidad a la Administración por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de sus obligaciones, la determinación de si el daño causado al particular tiene el carácter de daño antijurídico, depende de acreditar que la conducta de la autoridad fue inadecuada. Si el daño que se imputa a ésta se deriva del incumplimiento de un deber que legalmente le corresponde, o de su cumplimiento inadecuado, la antijuridicidad del daño surgirá entonces aquí de dicha conducta inadecuada, o lo que es lo mismo, de una falla del servicio.

Considera el Consejo (2014) que:

[...] se impone concluir que [...] el hospital demandado faltó, entre otras, al cumplimiento de las obligaciones de control y análisis para con la sangre que transfundió [...] consagradas en el anterior cuerpo normativo [...] por consiguiente, no se trata de una abstracta atribución o de un genérico e impreciso deber de vigilancia y control, sino de su grave incumplimiento por parte de la Administración Pública de tales deberes, todo lo cual produjo las nefastas consecuencias vistas en este asunto [...].

Cuando el Consejo de Estado se refirió a los argumentos de la Sentencia del Tribunal de primera instancia, resaltó que el incumplimiento de las pruebas de calidad de la sangre previas a la transfusión, en especial las requeridas para detectar el VIH, “constituyó un riesgo excesivo para la paciente al haberle transfundido

49 El Artículo 42 del Decreto 1571 de 1993 dispone la obligatoriedad para los bancos de sangre de practicar las pruebas fijadas a todas las unidades de sangre recolectadas.

sangre sin el debido control científico y médico”, circunstancia que comprometía la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada.

Conforme se explicó en el primer capítulo del libro, el riesgo inherente de la sangre es indiscutible; sin embargo, si se agrega la falta de medidas de seguridad necesarias para prevenir los contagios por la vía transfusional, se somete al paciente a un “riesgo excesivo”, como lo ha precisado el Consejo de Estado.

Estos argumentos condujeron al Consejo a sostener que en casos como el presente, donde:

[...] la falla en el servicio ha sido tan evidente y el daño que se ha producido ha sido de una notable magnitud, la Sala ha dado aplicación a la teoría *res ipsa loquitur* [...], un instituto del *common law* que bajo ciertos requisitos, permite operar una inferencia de negligencia.

En otros términos, se ha aplicado en el caso la teoría de la presunta falla del servicio, por lo que “ante la magnitud del daño antijurídico es evidente la atribución del perjuicio en cabeza de la entidad demandada”. Se desprende de la sentencia en mención que en el caso, el yerro médico se explica por sí solo, sin requerir de una prueba específica; ello no obsta la posibilidad de descargar la responsabilidad por parte de la entidad demandada, aunque como precisa Gil Botero (2013, p. 169), esa demostración será de sumo exigente, sea con la destrucción de la presunción de culpa o la acreditación de la existencia de una causa extraña que permita la liberación de responsabilidad.

Una vez se verifica y analiza el daño considerado en sí mismo, se desprende una evidencia circunstancial que hace que aparezca demostrada de forma palmaria la imputación fáctica (nexo causal) y la jurídica (falla del servicio). En estas situaciones, el daño antijurídico reviste tal magnitud, que es evidente la atribución del perjuicio en cabeza de la entidad demandada, ya que el yerro médico se explica por sí solo, sin que se requiera de un análisis específico para derivar su acreditación. No significa lo anterior que la parte demandada no pueda desvirtuar esa prueba evidente —aunque será muy exigente esa demostración—, bien al destruir la presunción de culpa que este tipo de sistemas lleva aparejado o al acreditar la existencia de una causa extraña que resquebraje el análisis de imputación.

Otro panorama se presenta en la jurisprudencia de la Corte Suprema, en especial si se mira desde un ángulo cuantitativo, toda vez que de la revisión de sus

sentencias, apenas se ha podido encontrar la Sentencia de Casación del 13 de septiembre de 2013 (Corte Suprema, 2013). En el caso tuvo lugar una transfusión sanguínea en la Clínica Palermo a un sujeto que había sido trasladado desde otro hospital y que había sido víctima de un accidente automovilístico. En la misma Clínica se transfundió a una menor a la que se aplicó la misma bolsa de sangre.

Coincidentemente con el caso resuelto por el Consejo de Estado (2004), se trataba del mismo establecimiento de salud y del mismo banco de sangre demandados, es decir, el Laboratorio Alvarado Domínguez, con el cual la Clínica tenía un contrato de suministro de sangre. Cuando la menor presentó un cuadro de infección, se le practicó la prueba del VIH, con resultado positivo. La Clínica no informó dicho hallazgo a la víctima anterior sino hasta dos años después.

La Corte destacó en el primer considerando que la Clínica tenía un “deber de seguridad” frente a su cocontratante para evitar que sufriera algún accidente en el curso del servicio hospitalario, que constituye un imperativo de conducta cuando la víctima no ha participado activamente en el proceso de causación del daño y que configura una obligación de resultado. Añadió que dicha obligación “garantiza que los distintos aparatos, elementos, instrumentos, insumos, fármacos o materiales que son utilizados para la atención de la enfermedad no causen daños a las personas que son beneficiarias de los servicios de las clínicas u hospitales”. Más adelante precisó que:

[...] los prestadores de los servicios de salud, al igual que ocurre con los restantes intervinientes en el mercado, pueden responder por los productos que utilicen en el desarrollo de sus actividades y que se puedan considerar defectuosos, por no ofrecer la seguridad que legítimamente pueden esperar los consumidores o usuarios [...] ⁵⁰.

La Corte introdujo una noción de la sangre como “producto”, como lo propone un sector de las experiencias que se han examinado en este capítulo, con las consecuencias jurídicas que de ella se desprenden: hacer factible una aplicación del régimen de responsabilidad por producto defectuoso.

Sin embargo, la Corte no afirmó que en el caso correspondiera considerar la aplicación de ese régimen, lo que se explica porque en la época en la que ocurrieron los hechos, aún no estaba vigente el Estatuto del Consumidor —Ley 1480

50 La Sentencia de Casación del 13 de septiembre de 2013 citó un argumento que aparece en la Sentencia de Casación recaída en el caso Alquería (Corte Suprema, 2009).

de 2011—, en cuyo Artículo 20 el Legislador colombiano incorporó el referido supuesto especial de responsabilidad civil del productor. Por eso, la Corte no tuvo más opción que sostener la existencia de una obligación de seguridad de carácter contractual en relación con la víctima del caso. Sostuvo que la Clínica debió constatar la seriedad e idoneidad de quien proveía el fluido, es decir, el banco de sangre, mediante la verificación de las licencias sanitarias de funcionamiento expedidas por la autoridad competente y que se siguieran los protocolos de seguridad desde el tratamiento hasta la transfusión de la sangre.

La Corte consideró que la Clínica tenía una obligación de seguridad y le exigía un comportamiento de “especial diligencia y control” de la sangre; de ello se puede inferir que la Corte hizo un razonamiento en términos de culpabilidad, al exigir un comportamiento determinado, es decir, conforme a las normas y los procedimientos existentes que, en el caso, se omitió.

VIH/SIDA Y EL CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA*

*He aquí que yo les traeré sanidad y medicina;
y los curaré, y les revelaré abundancia de paz y de verdad (Jer., 33:6)*

Consideraciones previas⁵¹

La relación entre la expansión de la pandemia del VIH/sida y los conflictos armados por el Comité Internacional de la Cruz Roja ha sido estimada como directa (CICR, 2003). Tal consideración parte de las condiciones que el conflicto provoca o acentúa, entre las que se encuentran la pauperización de los sistemas de salud, la exposición de la población a ataques sexuales en zonas en conflicto y el riesgo de violaciones sexuales en campos de refugiados o desplazados internos, debido a la disposición de una gran campaña militar en las zonas.

Para algunos expertos en seguridad internacional, la pandemia del VIH/sida puede llegar a considerarse como posible causa de los conflictos armados en el

*Este capítulo contiene resultados del proyecto de investigación "La convencionalización del derecho: el caso del ordenamiento jurídico colombiano desde la justicia multinivel y el posconflicto", que forma parte de la línea de investigación Fundamentos e implementación de los derechos humanos, del grupo de investigación Persona, instituciones y exigencias de justicia, registrado en Colciencias con el código COL0120899 y vinculado al Centro de Investigaciones Sociojurídicas (Cisjuc). Proyecto adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

51 La investigación sobre el VIH/sida y el conflicto armado en Colombia presentada aquí fue desarrollada bajo la dirección de la profesora Tania Giovanna Vivas Barrera en colaboración con Diana Carolina Ávila Cruz, estudiante de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, miembro del semillero de investigación Observatorio en justicia constitucional y derechos humanos, adscrito al grupo de investigación Personas, instituciones y exigencias de justicia. Agradecemos su apoyo investigativo y su valiosa intervención en la discusión de la temática. Correo electrónico: dcavila39@ucatolica.edu.co

futuro (Gordon, 2001). Esa posibilidad ha sido vista por algunos como una posición bastante alarmista (De Waal *et al.*, 2010); sin embargo, se ha constatado que una alta de tasa de infección afecta gravemente la dinámica de los conflictos y la atención humanitaria (Mateos, Urgell y Villellas, 2015) en etapa de posconflicto (Carballo *et al.*, 2010) y en procesos de desarme (Marwah, Delargy y Tabac, 2010).

Aunque no es desconocido el impacto de la degradación de los conflictos armados internos sobre los índices de infección del VIH/sida, poco se conoce sobre esta situación en Colombia. El conflicto involucra varias fuerzas irregulares, entre las que se destacan varios grupos guerrilleros, grupos paramilitares, fuerzas armadas regulares, un cuerpo policial y de Policía Judicial. A pesar de que para los años 2015 y 2016 Colombia se ubicaba como el segundo país con mayor número de personas en desplazamiento forzado interno en el mundo, luego de Siria (IDMC, 2015), poco o nada se sabe sobre el estado de infección del VIH/sida por causa del conflicto armado. Son muy escasos los estudios sobre el tema y la información sobre el control del contagio en las Fuerzas Armadas es casi nula, al igual que el desconocimiento de la situación entre la población desplazada, dado el subregistro.

Ante la pobre información oficial, con la investigación se intentó conocer de primera mano los registros de la infección ante el Ministerio de Salud, la Fiscalía General de la Nación y la Cruz Roja Colombiana mediante derechos de petición de información, que no fueron respondidos. Por ello, los datos se basarán en los pocos estudios publicados sobre el país, los informes oficiales del Ministerio de Salud y los reportes de Onusida Colombia.

En un principio, el descubrimiento de la pandemia causada por la expansión del VIH/sida generó en el mundo reacciones guiadas por la ignorancia y el miedo (Onusida, 2008) y ocasionó que más de 81 países desarrollaran políticas antimigración. Hoy, la política antidiscriminación y la exigencia de amplia cobertura en salud es internacional y estatalmente deseada, pero en situaciones de conflicto abierto o de posconflicto la situación ha sido otra.

Revisión histórica de la atención de la epidemia de contagios VIH/sida en el mundo

El síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida)⁵² ha sido la enfermedad del siglo XXI. Se convirtió en una epidemia de importancia mundial, debido al “aumento inusual de nuevos casos de una enfermedad en la población humana” (Onusida, 2015b, p. 3), que se ha expandido por el mundo desde sus inicios en 1981. Algunos historiadores sostienen que a cada siglo o era le acompaña una enfermedad epidémica, como la lepra en la Edad Antigua, la peste negra en la Edad Media y el VIH/sida en la nuestra (Miranda y Nápoles, 2009).

Esta enfermedad tuvo su origen en 1981, como una extraña y terrible afección. En ese año, dos médicos de nacionalidad estadounidense, Michael Gottlieb y Alvin Friedman, “descubrieron en jóvenes pacientes homosexuales dos enfermedades, conocidas pero raras, que se presentaban con una frecuencia anormalmente elevada” (Daudel, Montangnier y Benítez, 2003, p. 7).

Los padecimientos que encontraron en estos pacientes fueron una neumonía llamada neumocistosis y la otra, un tipo de cáncer en la piel y en los órganos llamada sarcoma de Kaposi. La neumocistosis es atribuida a un “organismo mono celular, un protozoo que vive como parásito, suele encontrarse en personas cuyo sistema inmunitario está debilitado” (Daudel *et al.*, 2003, pp. 7-8). El sarcoma de Kaposi se estimó como un tipo de cáncer que suele manifestarse “en los occidentales originarios de Europa Central o de las costas del Mediterráneo cuya edad rebasa los 60 años. Se presenta asimismo en África en sujetos más jóvenes” (Daudel *et al.*, 2003, p. 8).

Los pacientes que fueron examinados por los doctores Gottlieb y Friedman no eran provenientes de aquellas regiones y tampoco se trataba de personas mayores de 60 años de edad; al contrario, eran pacientes jóvenes y no se hallaba explicación del porqué de su deficiencia inmunológica.

52 Según una definición epidemiológica basada en los signos y síntomas clínicos, el sida suele describirse como una enfermedad incurable y mortal, pero esto crea mucho temor y solo sirve para aumentar el estigma y la discriminación. Asimismo, se ha descrito como “una enfermedad crónica, tratable, similar a la hipertensión o la diabetes”, aunque esto puede llevar a las personas a creer que no es tan serio como pensaban. Es preferible usar la siguiente descripción: el sida es una enfermedad causada por el virus de la inmunodeficiencia humana. El VIH destruye la capacidad del organismo para combatir la infección y la enfermedad, lo que puede llevar a la muerte. Los medicamentos antirretrovíricos o antirretrovirales hacen más lenta la reproducción vírica y pueden mejorar la calidad de vida, mas no eliminan la infección por el VIH. Debe evitarse uso de “deficiencia inmune” (Onusida, 2011a, p. 25).

Las particularidades de estos individuos fue lo que llamó la atención de los médicos y luego el Centro de Control de las Enfermedades de Atlanta (CDC, por su nombre en inglés, Center for Disease Control and Prevention):

[...] publicó a partir de junio de 1981 los primeros datos acerca de este nuevo padecimiento. Desde entonces y hasta diciembre de 1982, dos mil (2.000) casos análogos fueron descubiertos, la mayoría de ellos en Los Ángeles, San Francisco y Nueva York, aunque también se encontraron algunos en Europa (Daudel, *et al.*, 2003, p. 8).

Este es el momento en el que por primera vez se escuchó hablar de una epidemia con el nombre de síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida) o en inglés AIDS (acquired immune deficiency syndrome).

Pasaron quince años para que se otorgara real atención e importancia a esta enfermedad que, con el paso del tiempo, se convirtió en epidemia mundial: solo entre 1981 y 1996 veinte millones de personas en el mundo —que ese momento representaba un 0.3 % de la población— estaban contagiadas con el VIH. Una línea del tiempo realizada por Onusida con motivo de los veinte años del descubrimiento del VIH/sida identifica a 1994 como el año en el que se abrieron las primeras discusiones acerca de una terapia antirretroviral altamente activa. Cinco años más tarde, en 1999, Brasil fue el primer país en brindar la terapia antiretroviral mediante el sistema de salud pública (Cepal, 2001).

Pasaron dos décadas desde la aparición del VIH/sida y la intervención de Naciones Unidas se limitó a la concepción del programa de control sobre el sida (Control Programme on AIDS). En 1987, la Asamblea General de la ONU lo renombró Programa especial sobre el sida (Special Programme on AIDS), designó a la OMS como coordinadora de los esfuerzos de la ONU sobre el sida y reconoció por la primera vez que no se trataba de una emergencia temporal ni de corto plazo.

En enero de 1988, el Programa fue transformado como Programa global sobre el sida (GPA, por su nombre en inglés, Global Programme on AIDS) y se nombró como coordinador de todos los esfuerzos y las colaboraciones de todas las agencias de la ONU (Onusida, 2008). En diciembre de 1993, la publicación de un reporte sobre la situación del sida en el mundo dio lugar a una amplia y profunda discusión para fortalecer el Programa en la ONU. Más tarde, el Consejo

Económico y Social (Ecosoc) ordenó finalizar el programa y construir una respuesta de mayor impacto en el centro de la ONU (Onusida, 2008).

La discordia entre algunas agencias de la ONU y donantes dificultaron la creación de Onusida durante los años 1994 y 1995; sin embargo:

[...] la pandemia del sida se estaba extendiendo y los casos iban en aumento. La OMS estima que en 1993 hubo tres millones de nuevas infecciones por el VIH, más de 14 millones de personas vivían con VIH, más de 10 millones en el África subsahariana, seguido de casi 980.000 en el sur y sudeste de Asia (Onusida, 2008, pp. 24-25).

En julio de 1994, el Ecosoc (1994) aprobó la creación del Nuevo programa conjunto mediante la Resolución 1994/24, con seis objetivos principales:

- Proporcionar liderazgo global en respuesta a la epidemia.
- Lograr y promover un consenso mundial sobre políticas y programas.
- Fortalecer la capacidad para vigilar las tendencias y garantizar que las políticas y estrategias apropiadas y efectivas se implementen en cada país.
- Fortalecer la capacidad de los Gobiernos nacionales para adoptar estrategias nacionales integrales y aplicar medidas eficaces de lucha contra el VIH/sida.
- Promover una movilización política y social de base amplia para prevenir y responder al VIH/sida, para abogar por un mayor compromiso político mundial y nacional, que incluya la movilización y la asignación de recursos adecuados (Onusida, 2008)⁵³.

Los resultados de su inacción se hicieron más notables en el sur de África. En 1990, menos de un 1 % de los adultos vivía con VIH y diez años después aumentó a 16.1 %. La ausencia de políticas de acceso al preservativo —herramienta básica de prevención— en países donde la epidemia se estaba expandiendo con más rapidez fue determinante (Onusida, 2011b). Con la creación de Onusida, las

53 -To provide global leadership in response to the epidemic.

-To achieve and promote global consensus on policy and programme approaches.

-To strengthen the capacity to monitor trends and ensure that appropriate and effective policies and strategies are implemented at country level.

-To strengthen the capacity of national governments to develop comprehensive national strategies and implement effective HIV/AIDS activities.

-To promote broad-based political and social mobilization to prevent and respond to HIV/AIDS.

-To advocate greater political commitment at global and country levels including the mobilization and allocation of adequate resources (Onusida, 2008, p. 29).

Naciones Unidas prestaron importancia a la epidemia. Su objetivo principal fue, desde el inicio, brindar ayudas a los países para fortalecer su capacidad de afrontar el reto de la erradicación del VIH/sida, es decir, apoyar a cada Nación para afrontar la que sería la enfermedad del siglo XXI.

La creación de Onusida se produjo quince años después de los primeros casos reportados de personas infectadas, en un escenario complejo, pues además en ese año la epidemia alcanzó sus números más altos y dramáticos.

Junto con la OMS, diez organizaciones más forman parte de los copatrocinadores de Onusida y desde sus áreas específicas combaten la epidemia. Hoy en día, es dirigida y organizada por la Junta Coordinadora del Programa (en adelante, JCP), de la cual son miembros los socios o copatrocinadores y la Secretaría, con el fin de generar políticas y desarrollar y promover los derechos de todas las personas portadoras del virus.

Desde una perspectiva mundial, Onusida elabora las políticas y reúne los datos oficiales actualizados del contagio y los datos de atención al VIH/sida en el mundo. Este organismo no solo tiene alcance mundial general, sino que busca tener el control de toda información, reporte y estado de la situación en cada país, ya que cuenta con un equipo de apoyo regional en cada continente, con la función de brindar un apoyo más específico a cada equipo nacional que cuente con una de sus sedes.

Onusida se mantiene con los recursos de la Secretaría y once organizaciones que conforman el sistema de las Naciones Unidas y son socios o copatrocinadores⁵⁴. Además, según su área de trabajo, pretenden conseguir, de manera coordinada y responsable, “unir al mundo contra el sida” (Onusida, 2016b). Trabajan con la estrategia y el diseño de los objetivos de desarrollo del milenio (en adelante, ODM), ahora denominados objetivos de desarrollo sostenible (en adelante, ODS), en particular el ODS número 3 salud y bienestar y su respuesta al VIH/sida. Dicha respuesta, llamada enfoque de acción acelerada, apunta a llegar a cero nuevas infecciones, cero discriminaciones y cero nuevas muertes relacionadas con el sida.

Con el inicio de un nuevo milenio, la comunidad mundial se reunió en las Naciones Unidas en el 55 período de sesiones y adoptó la Resolución 55/2 del

54 Para mayor información sobre las organizaciones y copatrocinadores de Onusida, puede verse el cuadro analítico presentado en el Anexo 1.

13 de septiembre de 2000. En ella, 189 países miembros se comprometieron con principios de responsabilidad colectiva y valores que creyeron esenciales para el inicio del nuevo siglo, como libertad, igualdad, solidaridad, tolerancia, respeto por la naturaleza y responsabilidad común. Plasma ocho objetivos para poner fin a la pobreza en sus diferentes dimensiones, es decir, social, económica, de educación, igualdad, etc. y son:

1. Combatir la pobreza y el hambre.
2. Lograr la enseñanza primaria universal.
3. Promover la igualdad entre los sexos y el empoderamiento de la mujer.
4. Reducir la mortalidad de los niños menores de 5 años.
5. Mejorar la salud materna.
6. Combatir el sida, la malaria y otras enfermedades.
7. Garantizar la sostenibilidad del ambiente.
8. Fomentar una alianza mundial para el desarrollo.

El VIH/sida adquirió relevancia evidente al consagrarse como un objetivo específico (ODM6) y para cumplirlo, Onusida se impuso las siguientes metas:

1. Reducir la transmisión sexual del VIH en un 50 % para 2015.
2. Reducir la transmisión del VIH entre personas que se inyectan drogas en un 50 % para 2015.
3. Eliminar los nuevos casos de infección por VIH en niños para 2015 y reducir significativamente las muertes maternas relacionadas con el sida.
4. Llevar el tratamiento antirretrovírico de socorro a los 15 millones de personas que viven con VIH para 2015.
5. Reducir las muertes por tuberculosis en portadores de VIH en un 50 % para 2015.
6. Reducir las diferencias mundiales en los recursos destinados al sida para 2015 y llegar a una inversión mundial anual de 22.000-24.000 millones de dólares en países de renta baja y media.
7. Eliminar los sistemas paralelos de servicios relacionados con el VIH, con el fin de fortalecer la integración de la respuesta al sida en la salud global y en las iniciativas de desarrollo, así como para fortalecer los sistemas de protección social.

8. Eliminar las desigualdades de género y el abuso y la violencia de género, y aumentar la capacidad de mujeres adultas y jóvenes para protegerse a sí mismas frente al VIH.
9. Erradicar el estigma y la discriminación contra las personas con VIH o se ven afectadas por este, mediante la promulgación de leyes y políticas que garanticen la consecución de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.
10. Eliminar las restricciones relacionadas con el VIH sobre entrada, estancia y residencia.

Luego de dieciséis años del compromiso de las Naciones para cumplir con los ODM, Onusida reporta los resultados de la acción mundial⁵⁵. Como los más importantes encontramos que: de 2000 a 2015 hubo un aumento de 7.8 millones de personas que viven con VIH, para un total de 36.7 millones en 2015. Entre 2000 y 2015 hubo 2.1 millones de nuevos infectados, a diferencia de los 3.2 millones estimados para el año 2000; esto significa un control de expansión de la epidemia. En 2015, 17 millones de infectados tienen acceso a tratamientos médicos; gran avance respecto a los 770.000 que lo tenían en 2000 (Onusida, 2015a).

Desde que en 1983 y 1984 Luc Montagnier, del Instituto Pasteur y Robert Gallo, del National Institutes of Health (NIH), identificaron al VIH como causa posible del sida y fueron aceptados como principales vías de contagio la sangre y el semen (Onusida, 2008). Según la Conferencia de coordinación del Onusida para la región, llevada a cabo en Río de Janeiro en el año 2000, poco o nada se reporta sobre el impacto de los contagios por transfusiones de sangre. Indica que los programas de prevención coordinados por Onusida en América Latina deben focalizarse en los hombres que tienen sexo con hombres (HSH), pues alrededor de un 40 % de los nuevos contagios ocurrieron en ese segmento de la población. Establece que solo un 20 % del gasto público para el tratamiento del sida se ha definido en prevención, sin contar el costo de la prevención en los bancos de sangre (Onusida, 2008).

55 Para profundizar sobre los datos año a año de la actividad de Onusida en el mundo, puede verse el Anexo 2.

Atención y estado actual de la epidemia en Colombia

La respuesta en Colombia a la epidemia del sida ha estado determinada por la incorporación de planes de atención al sistema de salud nacional y a la adopción de guías de atención al paciente. Las escasas investigaciones desarrolladas sobre las políticas públicas de atención del VIH/sida en nuestro país focalizan el descuido a una atención integral y su estudio enfocado “desde la epidemiología del factor de riesgo y desde abordajes comportamentales, con limitada consideración a las vulnerabilidades culturales, sociales, estructurales y de los derechos humanos” (Useche, Alzate y Arrivillaga, 2009, p. 60). La desigualdad social y económica han sido escenario propicio para la expansión de la epidemia en la región; por ello, la orientación de los planes de salud no podrá reemplazar la atención sobre la situación de pobreza y exclusión social que permean a las grandes poblaciones de riesgo en Colombia.

La ausencia de pesquisas sobre la temática es una realidad que golpea al mundo académico, en especial de aquellas que analicen los estrechos lazos entre pobreza y propagación de la epidemia. Esto ha derivado en la concentración de estudios sobre la disponibilidad, universalidad y gratuidad de los planes de atención para pacientes de VIH/sida en el sistema nacional de salud. Igual comentario merece la escasez de estudios sobre lo que para otros contextos es considerada causal directa de la expansión de la epidemia del VIH/sida: la relación del conflicto armado interno y la expansión de la epidemia. En Colombia, tal lazo parece impensable.

Sistema de salud y control del VIH/sida en Colombia

Según los reportes presentados al Instituto Nacional de Salud (INS) por parte de varios agentes, entre ellos las empresas prestadoras de salud (EPS) que diagnostican y tratan al paciente, en el año 2000 había un estimado de 3.000 casos; en 2001 hubo un significativo aumento de 1.000 y se llegó a unos 4.200. Para el año 2002 hubo un nuevo incremento; sin embargo, en 2003 se reportaron cerca de 1.000 casos menos. La tendencia de aumento precipitado y su posterior descenso en el año siguiente se mantuvo para los años 2004 y 2005 y luego para los años 2009 y 2010. La situación se volvió alarmante a partir de 2013, pues el número de eventos notificados se duplicó, con unos 9.000; para 2014, los reportes arribaban

a 10.000 y llegaron a su tope en 2015 con 12.000 (Instituto Nacional de Salud, 2016a).

Sobre el comportamiento de la epidemia en razón del sexo, para el año 2000, de 3.151 casos, 2.441 correspondieron al sexo masculino y solo 704 al femenino. Diez años más tarde, había 1.333 reportes más de hombres y 899 más de mujeres. Para 2016, según reporte del INS (2016a), el número de casos contagiados en hombres ascendía a 4.207, cifra que duplica los índices de contagio en el período 2000 a 2010. En relación con las mujeres, la cifra crece en 604 respecto a 2010. El reporte permite analizar los resultados año a año; sin embargo, aquí solo se seleccionaron algunos representativos. Para mayor información, puede verse el Anexo 3. Cabe señalar que, según la información del INS, entre los años 2011 y 2015 no existe reporte por sexo.

Tabla 1. Control de la epidemia del VIH/sida en Colombia por sexo 2000-2016

Año	Total	Hombres	Mujeres
2000	3.151	2.441 (77.4 %)	704 (22.3 %)
2010	5.382	3.774 (70.1 %)	1.603 (29.7 %)
2016	10.188 Semana 41	7.981 (78.3 %)	2.207 (21.6 %)

Fuente: elaboración propia con base en Instituto Nacional de Salud (2016a)

De acuerdo con los datos recogidos en la Tabla 1, respecto al total de casos registrados en 2010, la prevalencia de la enfermedad disminuyó un 7.34 % en hombres, mientras que en las mujeres aumentó un 7.44 %. Paradójicamente, en 2016, los eventos reportados respecto al total en hombres tuvieron un incremento de 8.21 % frente a 2010, mientras que en las mujeres disminuyó un 8.12 %. A la fecha hay una prevalencia de la epidemia de 78.3 % en hombres y 21.6 % en mujeres, con un total de 10.188 registros.

El Ministerio de Salud y Protección Social, junto con el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), definió las poblaciones así: hombres que tienen relaciones sexuales con hombres (HSH), mujeres trabajadoras sexuales (MTS), mujeres transgénero, habitantes de calle, población privada de libertad

(PPL) (Onusida, 2014). En el mismo documento se sostiene que la epidemia es concentrada, es decir, limitada a los grupos poblacionales (Onusida, 2014, p. 12).

Los reportes del Sistema de vigilancia en salud pública señalan que, en 2016, Bogotá fue la ciudad con más contagios notificados de VIH. Se entiende que es la ciudad con mayor población en el país, con 7.980.001 de habitantes; tiene 2.379 casos de VIH, que corresponden a un 16.3 % del total reportado hasta la semana 41 de ese año. La siguen los departamentos de Antioquia, Córdoba y Valle del Cauca con 1.580, 1.302 y 1.299 casos notificados respectivamente con porcentajes de 10.8 %, 8.97 % y 8.94 % (INS, 2016a).

El departamento con menos contagio es Guainía (4 casos que representan un 0.02 %); lo secundan San Andrés y Vichada, con 5 y 6 reportes respectivamente (0.03 % y 0.04 %) (puede verse el Anexo 4).

Desde 2005, la tendencia de los casos notificados es creciente, con 3.976 en 2005 y 11.987 hasta la semana 41 de 2016. Pese a la adopción de campañas de prevención, el crecimiento del número de casos es alto; aunque no sobrepasa las tasas de países centroamericanos, en 11 años el número de contagios notificados aumentó en 8.000.

El *Análisis de situación de salud* (en adelante, ASIS), expedido por el Ministerio de Salud (2016) para el período 2005-2014, muestra la mortalidad por enfermedades transmisibles tanto en hombres como en mujeres de la siguiente forma:

- La mayor incidencia en hombres corresponde a las infecciones respiratorias agudas, seguidas por el VIH/sida. Las tasas ajustadas disminuyeron en un 15 % y alcanzaron un valor de 8.14 para el último año; en términos absolutos, la disminución corresponde a 1.93 muertes menos por cada 100.000 hombres en 2014 en comparación con 2005. En tercer lugar aparece la tuberculosis, con una tasa oscilante de aproximadamente 1.03 por cada 100.000 habitantes; es casi la mitad de la tasa de las muertes causadas por el VIH/sida (Ministerio de Salud y Protección Social, 2016).
- En el caso de las mujeres, el VIH también se sitúa como la segunda causa de mortalidad para el período 2005-2014. La tasa de oscilación está en torno a 2.22 y 2.65 mujeres por cada 100.000 habitantes (Ministerio de Salud y Protección Social, 2016).

Según el Ministerio de Salud y Protección Social (2014):

El país presenta una epidemia concentrada, como ya se mencionó, en las poblaciones en mayor estado de vulnerabilidad, como lo son los hombres que tienen relaciones sexuales con hombres, las mujeres transgénero, los habitantes de la calle, presentan prevalencias superiores al 5 %, mientras que la prevalencia en mujeres gestantes no es superior al 1 % (pp. 18-19).

Pese a las muertes masculinas por VIH/sida, existe una variación de casos notificados de nuevos contagios en mujeres:

La razón de masculinidad de los casos notificados como VIH en Colombia ha presentado un descenso del mismo, siendo en 1987 de 27.5 hombres por 1 mujer a 2.5 en el año 2013.

Para este periodo la razón de masculinidad se encuentra en 2.7, no existiendo variación respecto al corte anterior (año 2014). Los cambios en dicha razón podrían corresponder en Colombia a la infección en mujeres que mantienen relaciones heterosexuales (Cuenta del Alto Costo, 2015, p. 38).

En Colombia, la prevalencia del VIH en las mujeres se acerca a la tendencia mundial hacia una feminización de la pandemia. Advierten los expertos que estudian varias regiones de África que:

[...] va mucho más allá de las cifras de contagio y mortalidad y tiene que ver con el impacto que ésta tiene en la vida cotidiana de muchas mujeres. Así, estudios recientes mostraban cómo sólo el 57 % de las mujeres tanzanas infectadas recibían la comprensión y el apoyo de sus parejas, mientras que en Uganda, una de cuatro viudas era despojada de sus propiedades tras la muerte de su marido. El hecho de que en muchos casos sean las mujeres las primeras a las que se les detecta el virus, hace que sean acusadas de propagar el virus a otros miembros de la familia, y ello incrementa el riesgo de que sufran “violencia física, expulsión del hogar u ostracismo social” (Mateos *et al.*, 2015, p. 10).

Pese al fenómeno colombiano de feminización de la pandemia, una investigación demostró la débil atención en las políticas pública en salud del VIH en la mujer precisa:

No son visibles aún servicios diseñados en función de las necesidades de las mujeres. Su atención cobra valor y se traduce en cuidado especial durante la gestación, con fines de prevención de la transmisión vertical y en casos de exposición a violencia

sexual; no en reconocimiento de su condición de desigualdad histórica y estructural. La atención y tratamiento integral requiere una serie de servicios esenciales de apoyo, que hasta ahora son, en gran medida, inadecuados (Useche *et al.*, 2009, p. 69).

En Colombia, el Ministerio de Salud y Protección Social (2012a) define las enfermedades ruinosas y catastróficas y los eventos de salud pública directamente relacionados con el alto costo. Para ello, se ha creado la Cuenta de Alto Costo de Colombia (CAC) que:

[...] además de ser un Fondo Inter-EPS autogestionado, que estabiliza el sistema de salud, garantizando la operación real de la solidaridad y desestimulando la selección y discriminación de la población mediante un ajuste de riesgo de la prima básica en función de los casos de alto costo, es un organismo técnico no gubernamental del SGSSS que constituye un frente común para el abordaje del alto costo como fenómeno de gran impacto en el país, mediante articulación de sociedades científicas, instituciones prestadoras, asociaciones de pacientes y Aseguradoras, que promueve la gestión de riesgos en EPS e IPS mediante pedagogía, difusión de experiencias exitosas, instrumentación y la creación de referentes técnicos, para disminuir la tendencia de nuevos casos de alto costo y procurar la calidad técnico-científica en el manejo de los casos existentes con el fin de disminuir los eventos evitables derivados (p. 43).

El VIH/sida es considerada una enfermedad de alto costo; por eso, está bajo seguimiento de este fondo y sometido a las condiciones técnicas que defina el organismo no gubernamental, lo que supeditó la protección universal al examen de costo-beneficio y técnico de una organización de las prestadoras de salud en Colombia.

Según el DANE (2016), Colombia tiene una población proyectada al 30 de junio de 2016 de 48.940.039 habitantes, de los cuales 24.069.035 son hombres y 24.678.073 son mujeres. La población cubierta por el SGSSS para el año 2015 “pasó de 46.04 millones a 47.05 millones con una cobertura de 97.6 % que corresponde 57.9 % al régimen contributivo y 40.24 % al régimen subsidiado y un 5 % a los regímenes especiales y un 0.02 % de excepción” (Cuenta de Alto Costo, 2015, p. 33), lo que deja un 2.4 % de la población sin cobertura en salud, lo que equivalente a 174.561 habitantes. La cifra de las personas que viven con VIH es mayor en el régimen contributivo, es decir, vinculadas al Sistema general de seguridad social en salud (SGSSS) (Cuenta de Alto Costo, 2015).

Modos de transmisión del VIH MoT

La medición de los modos de transmisión del VIH ha sido uno de los grandes focos de interés del control y de la vigilancia de la epidemia de sida y así ha sido traducido en Colombia con la adopción del modelo de Onusida, denominado MoT, para determinar las nuevas infecciones. Este mecanismo de medición está basado en:

[...] un modelo matemático epidemiológico que permite calcular la incidencia esperada de la infección por VIH a corto plazo en poblaciones vulnerables, con base en la prevalencia actual de la infección, el número de personas con exposiciones especiales y las tasas de estas exposiciones, creado por iniciativa del grupo de referencia en estimaciones, modelación y proyecciones de Onusida, en colaboración con expertos mundiales en modelación de la epidemia de VIH.

El modelo de incidencia utiliza información disponible sobre tamaños poblacionales, prevalencias de VIH e ITS y parámetros de comportamientos de riesgo, tales como tasa de recambio anual de parejas sexuales, número de actos por pareja por año y proporción de actos protegidos con condón. Igualmente, el modelo tiene en cuenta la transmisión por uso de drogas inyectables, transfusiones sanguíneas e inyecciones médicas (Ministerio de Salud y Protección Social, 2014, p. 26).

Según los modos de transmisión de VIH definidos por el Ministerio de Salud, el mecanismo de transmisión en el modelo MoT Colombia para 2013 estima un total de 10.210 nuevos eventos (tasa de incidencia de 42 casos por 100.000 habitantes de la población vulnerable), distribuidos así: la población de HSH es la más afectada, con la mayor cantidad de casos nuevos (61.46 %), seguidos por parejas féminas de HSH (9.87 %), sexo heterosexual de bajo riesgo (9.65 %), mujeres transgénero (9.61 %), sexo casual heterosexual (2.35 %), usuarios de drogas inyectables (UDI) (2 %), parejas de clientes de prostitución (1.76 %), parejas de sexo casual heterosexual (SCH) (1.27 %), clientes de mujeres trabajadoras sexuales (MTS) (1.08 %), trabajadoras sexuales (0.77 %), inyecciones médicas (0.16 %), parejas de UDI (0.01 %) y transfusiones sanguíneas (0 %) (Ministerio de Salud y Protección Social, 2014).

El otro informe sobre situación del sida en Colombia para el mismo período es de la Cuenta de Alto Costo (CAC) (2015). Según la medición realizada el 31 de enero de 2015, los modos o mecanismos de transmisión del VIH son la vía sexual

(88.12 %), materno infantil (1.70 %), transfusión (0.28 %), accidente ocupacional (0.11 %), uso de agujas (0.10 %) y abuso sexual (0.08 %).

Al contrastar los reportes del Ministerio y de la CAC, las variaciones son importantes: mientras el Ministerio distribuye los comportamientos en grupos sexuales de los cuales HSH representan un 61.4 %, la CAC lo estima en un 88.12 %. Para el primero, el reporte de afectación por transfusión de sangre se encuentra en 0 %, pero la CAC admite la existencia de un 0.28 %; además, la CAC integra como forma de transmisión al abuso sexual y a los accidentes ocupacionales. Lo que resalta es que en ningún documento se contabilizan los casos en la población desplazada, los contagios por violación en el marco del conflicto armado y tampoco los de las Fuerzas Armadas regulares.

El Plan Nacional de Salud Pública 2012-2021 consideró otros grupos poblacionales que, por sus condiciones socioeconómicas, se hallan en estado de grave vulnerabilidad y mayor riesgo de contagio; entre ellos se incluyen por primera vez las víctimas del conflicto armado (CAC, 2015).

La incorporación de las víctimas del conflicto armado con especial mención de la población desplazada dentro de los planes nacionales de salud pública del país es la primera alusión a las críticas señaladas por varios investigadores que veían la exclusión del grupo más vulnerable y con mayor riesgo. El precario servicio de salud de la población en desplazamiento interno que vivía Colombia —segundo país en el mundo con mayor cantidad de desplazados internos, luego de Siria— había excluido a toda población víctima del conflicto armado desde 1984, con el primer plan de atención al sida.

Los antecedentes más lejanos de la atención como política de salud se ubican en 1984. Su objetivo era la vigilancia y el control de la epidemia, más que la atención. Los programas, planes y las políticas públicas dirigidos al control del VIH/sida en Colombia entre 1987 y 2008 han sido entendidos como una adaptación a los lineamientos internacionales establecidos por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la OPS, el Programa conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/sida (Onusida) y la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el VIH/sida (UNGASS, por su nombre en inglés) (Useche *et al.*, 2009). De acuerdo con una investigación realizada en 2009 por académicos vinculados a universidades colombianas, al diseño de los planes “difícilmente se integran experiencias locales de atención, lo que da la idea de una adaptación descontextualizada que

termina desconociendo las especificidades sociales y culturales, tan diversas en Colombia” (Useche *et al.*, 2009, p. 64). La tendencia reflejada en todos los programas ha sido proseguir sobre el “sistema de aseguramiento; infortunadamente, no se encuentra evidencia de algún hito histórico por intentar transformar las condiciones estructurales políticas, económicas y culturales en relación con la población de personas viviendo con VIH y la inequidad en salud” (Useche *et al.*, 2009, p. 64).

Sida y conflicto armado en Colombia

Como compleja ha sido calificada la relación entre los conflictos armados y la expansión de la epidemia del sida (Mateos *et al.*, 2015); para otros expertos, el conflicto es un catalizador de la epidemia (Hankins, Friedman, Zafar y Strathdee, 2002; Karkee y Shrestha, 2006; Oxfam Internacional, 2009, citados en Malagón, 2011) y otros más cuestionan sobre la influencia del conflicto armado en la expansión de la epidemia, pues alterar las condiciones de vulnerabilidad agrava las crisis humanitarias de un conflicto en proceso o en su estado posbélico.

El CICR (2003) manifestó que entre las emergencias que debe atender de la salud, el VIH/sida es una de las más alarmantes. Como organismo de atención humanitaria en estados bélicos y posbélicos, no solo centra su preocupación en una misión médica en campos de refugiados, sino en la batalla para romper los estigmas y dogmas contruidos alrededor de la enfermedad y de los enfermos. Por eso, hace un llamado para que la lucha contra el VIH/sida no sea visualizada solo como una emergencia momentánea ni supeditada a tiempos de conflicto, en los cuales se requiere, entre otras medidas:

- Disponibilidad de preservativos.
- Difusión de normas universales para tratamientos médicos y transfusiones de sangre.
- Educación en materia de VIH/sida (tanto para los pacientes que reciben atención médica costeadada por el CICR como para el personal militar.
- Promoción del examen anónimo de detección.
- Protección de las víctimas de violencia sexual y de las personas que viven con el VIH/sida (CICR, 2013).

Desde que el Consejo de Seguridad dio lugar a la primera resolución sobre el VIH/sida asociado con los conflictos y la seguridad, se expandieron los análisis del lazo que unieran la expansión de la epidemia y la seguridad internacional (Onusida, 2000). Dentro de los programas desarrollados se encuentra el Programme ASCI (AIDS, Security and Conflict Initiative), ejecutado por Onusida en colaboración con varias universidades y centros de investigación. Durante tres años se vigiló y estudió la expansión de la epidemia en varios conflictos armados en curso, en especial en África. Las conclusiones más importantes fueron⁵⁶:

Los resultados del programa ASCI muestran que la teoría de los riesgos de la seguridad nacional ante la expansión de la epidemia es infundada. De igual modo, señalan el subanálisis de la expansión de la epidemia en situaciones de transición y posconflicto a causa del pobre control sobre los cuerpos de policía, administración penitenciaria y autoridades de la frontera.

- El VIH/sida amenaza la capacidad operacional de las Fuerzas Armadas, sobre todo táctica. Puede disminuir la eficacia de los combates, la cohesión de las unidades y la moral y disciplina de las tropas.
- Cuando los mecanismos de prevención son compartidos entre los servicios médicos y los mandos militares, puede lograrse un mayor control sobre los riesgos de infección del VIH entre las tropas, al igual que si se actúa sobre prevención de violencias sexuales con personal subalterno. El control de prevención debe ir más allá de procesos basados en comportamientos individuales y médicos y avanzar sobre controles de toda la organización militar y policial.
- Las actividades de prevención del VIH han descuidado los servicios de policía y los otros servicios del orden y de la aplicación de la ley, así como del servicio de aduanas, las fuerzas navales, los servicios de migración y la administración penitenciaria.
- Los riesgos de transmisión del VIH, sobre todo en caso de epidemia concentrada entre aquellos que utilizan drogas inyectables y trabajadores del sexo, están influenciados por las prácticas relativas a la aplicación de la ley y por el comercio de drogas, la trata de seres humanos y por los

56 Original en francés. Las conclusiones se han tomado de una traducción no oficial.

individuos que controlan la industria del sexo: proxenetas, traficantes y clientes regulares.

- La transición del posconflicto es un período de vulnerabilidad ante la transmisión del VIH y un aspecto descuidado por políticas y programas referentes al VIH/sida.
- Las políticas deben prestar más atención a las situaciones de postconflicto, durante las cuales debe asegurarse una mejor continuidad de servicios, a fin de reaccionar a la movilidad creciente de población, a la desmovilización de combatientes, a las interrupciones de la asistencia humanitaria para las personas desplazadas en los campos y a las presiones excesivas ejercidas sobre los servicios sociales y sanitarios en las regiones de retorno.
- Los programas de desarme, desmovilización y reintegración (DDR) constituyen una faceta importante, pero son ignorados en la prevención de contagio por el VIH/sida y en intervenciones.
- Las relaciones sexuales forzadas aumentan el riesgo de transmisión del VIH —a causa del traumatismo genital— y las probabilidades de contagio de VIH con otras infecciones sexualmente transmisibles. A ello se suma la insuficiente atención en salud en los casos de posconflicto (De Waal *et al.*, 2010).

Las posiciones alarmistas y de desequilibrio e inseguridad internacional por la expansión de la epidemia han sido descalificadas por las conclusiones anotadas.

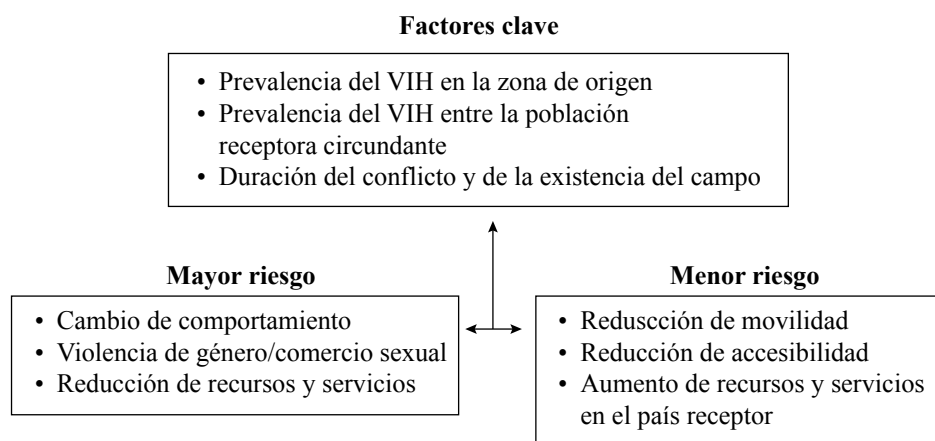
Los factores de riesgo del VIH/sida en conflictos armados y los riesgos de expansión de la epidemia en situaciones de posconflicto serán objeto de mayor profundización, para culminar con las lecciones extraídas de las experiencias desastrosas en otras latitudes a manera de recomendaciones para el proceso colombiano.

Factores de riesgo del VIH en conflictos armados

Uno de los factores más relevantes son los campos de refugiados y la existencia de grandes desplazamientos forzados de la población civil. Los factores clave

dentro de los campos de refugiados o zonas de concentración de desplazados forzados son la prevalencia de la enfermedad en el área de origen (zona de expulsión) o en la receptora y un factor definitivo es la duración del conflicto y la existencia o no de campos de refugiados. Según la Tabla 2, a los factores clave los acompañan otros de mayor o menor riesgo que podrían determinar más peligro de expansión de la epidemia; entre ellos figuran la violencia de género y el comercio sexual y el pobre acceso a recursos y servicios.

Tabla 2. Factores de riesgo de VIH en conflictos armados
y en campos de personas desplazadas



Fuente: Mateos y otros autores (2015, p. 18)

Ante una crisis humanitaria cruenta, el acceso a recursos o servicios como agua, alimentos o medicinas determina las circunstancias para el sometimiento de una población, un grupo de personas o pocos individuos al comercio y al abuso sexuales. En un campo de refugiados se carece de los mínimos necesarios y los abusos sexuales contra mujeres y niños hacen proclive el aumento de casos de infección de todo tipo de virus, incluso del VIH.

[...] es crucial que los servicios en uniforme, como miembros de las fuerzas armadas y las tropas de mantenimiento de la paz sean objetivo de servicios relativos al VIH (siendo ellos mismos grupos de extrema movilidad) pero también siendo agentes de cambio a fin de combatir la violencia ligada al género y a la propagación del VIH (Kenny, Carballo y Bergmann, 2010, p. 3).

La inseguridad alimentaria es otro elemento con mayor impacto en la expansión del VIH, así catalogada por Onusida independientemente de encontrarse en un campo de refugiados o por fuera de él. La presión ante la escasez de alimentos puede provocar “conductas de riesgo” por acceso a alimentos:

La inseguridad alimentaria puede contribuir a que las personas sean más propensas a infectarse por el virus, y puede desembocar en que se adopten comportamientos para obtener alimentos que tengan efectos negativos, como la venta de bienes, la migración en busca de trabajo, retirar a los niños de la escuela, o implicarse en el comercio sexual. Aunque hay muchas personas que adoptan conductas que aumentan el riesgo de transmisión del VIH independientemente de su condición en cuanto a seguridad alimentaria, la inseguridad a este respecto puede incrementar la posibilidad de que se adopten estos comportamientos de riesgo (Onusida, 2010, p. 33).

Otro factor de riesgo de expansión de la epidemia es la degradación del respeto sexual a la mujer en medio del conflicto, ha sido definida como una situación sexo-específica, es decir, por razón del sexo. Tal impacto en la expansión de la epidemia tiene en cuenta los siguientes factores:

- Existe una naturaleza sexo específica de la pobreza provocada por los conflictos que exacerba los riesgos para las mujeres cabezas de familia y para aquellas que sirven en las Fuerzas Armadas (regulares o irregulares) o están asociadas con ellas.
- Muchas mujeres y niñas son forzadas a incorporarse a la transacción sexual como manera de sobrevivir y también a contraer un matrimonio precoz. Otras son víctimas de la trata ilegal de seres humanos y de esclavitud sexual.
- Para reaccionar a tal variedad de factores de riesgos sociales y psicológicos asociados con la violencia y la explotación sexual en situación de crisis y en Estados frágiles, deberá hacerse una gran inversión en cuidados de la salud reproductiva de urgencia y en la prevención de las enfermedades sexualmente transmisibles. Igualmente, deberán llevarse a cabo evaluaciones de riesgos de seguridad e intervenciones que sean sensibles a las diferencias entre hombres y mujeres, comunidades de desplazados, grandes zonas de frontera y regiones de retorno como en las zonas de mantenimiento de la paz (Delargy y Klot, 2010).

Expansión de la epidemia en situaciones posbélicas

El fenómeno de la expansión de la epidemia en el período posbélico o de pos-conflicto es una constante reconocida por Onusida y por el Consejo de Seguridad desde la Resolución SCR1308 de 2000. La mecánica de los combates en la fase de conflicto abierto impide el asentamiento de las tropas; su permanente desplazamiento y estado de alerta aleja a los combatientes de un contacto directo con la población civil e impide la expansión, a menos que la violación y la contaminación de sida sean utilizadas como arma de guerra, como sucedió en Ruanda y la antigua Yugoslavia, casos penados internacionalmente.

Otras razones explican el hecho:

- La frágil situación que suele vivirse en contextos posbélicos y circunstancias como el fin del aislamiento de un país, factor al que se ha aludido para explicar por qué en determinadas situaciones el conflicto supone un obstáculo para la difusión del VIH/sida.
- El retorno de población refugiada que sí se haya visto afectada por el VIH/sida durante el refugio.
- El aumento de la violencia contra las mujeres, incluida la violencia sexual que tiene lugar en los contextos posbélicos.
- En algunos casos, como el de Ruanda, apenas después del fin del conflicto armado la población tiene conocimiento de que está afectada por la enfermedad (Mateos *et al.*, 2015).

La situación posterior al fin del conflicto permite entrever una sensación de bienestar, pero en realidad conlleva descuido en la atención social, económica y sanitaria de las zonas en transición posconflictual. De acuerdo con Spiegel (2010), tal descuido ha implicado un aumento acelerado de la epidemia.

[Cuando] las sociedades comienzan a levantarse del traumatismo causado por el conflicto, los factores que no existían durante el conflicto como la reconstrucción de infraestructuras y aceleración de la urbanización, una migración a gran escala y una mejora en la economía, pueden aportar un terreno fértil a la propagación del VIH. Durante esta etapa, como durante la fase de transición entre la situación de urgencia y las post urgencia, hay un momento donde puede producirse una interrupción de mecanismos de financiación sobre el VIH, el financiamiento apropiado y las inter-

venciones del control del VIH en situación postconflictual quedan como prioridades descuidadas (p. 9).

La desfinanciación de programas de prevención y atención del sida es un factor que no depende de las comunidades y que conlleva a un descuido de tales campañas; sin embargo, existen otros elementos que pueden “transformar los contextos de post conflicto en ambientes donde el riesgo de propagación del VIH es elevado” (Marwah, Delargy y Tabac, 2010, p. 12). Para Marwah y sus coinvestigadores es notorio que durante los conflictos armados la pérdida de acceso a servicios esenciales —salud, educación e información— deja a las comunidades sin los conocimientos o los medios necesarios para protegerse del VIH desde el momento en el que los combates finalizan. Sin duda, la población civil tiene una debilidad y un desequilibrio que la hace presa fácil de la expansión de la epidemia.

La incorporación a esas comunidades débiles de los excombatientes que se hallan en procesos de desarme, desmovilización y reintegración las hará aún más sensibles a la contaminación. Los reincorporados suelen llegar a entornos con economías debilitadas y que toman tiempo para levantarse. El seguimiento a varios procesos de posconflicto en África y Asia muestra que las nuevas esperanzas de paz y de reconstrucción coexisten con el desempleo, la indigencia y la desesperanza; a causa de estas situaciones, los individuos pueden aproximarse al alcohol, la toxicomanía y otros comportamientos de riesgo (Marwah *et al.*, 2010).

El retorno de los excombatientes a sus antiguos hogares, el reencuentro con sus parejas, quienes debieron tomar nuevas responsabilidades y el retorno en circunstancias de desempleo conforman el ambiente propicio para un aumento de la violencia conyugal.

Las Fuerzas Armadas y los grupos armados también son reconocidos como multiplicadores de la exposición a la infección. Las recomendaciones más importantes de las investigaciones sobre los procesos de desarme, desmovilización y reintegración (DDR) es que los actores sean conscientes de los peligros y que apunten a identificar y disminuir los riesgos de VIH, así como a reforzar los programas nacionales y locales de prevención, cuidados y apoyo a los antiguos combatientes para reintegrarse a la vida civil (Marwah *et al.*, 2010).

Otro elemento que debe tenerse en cuenta en la fase posbélica es el abuso señalado por varias ONG cometidos por las tropas que forman parte de las misiones de mantenimiento de la paz en varias zonas del mundo. Luego de años de constantes denuncias, la ONU emitió una Resolución el 11 de marzo de 2016 que condena los abusos sexuales cometidos por los cascos azules y prevé repatriar contingentes enteros de cascos azules en caso de sospecha de abusos sexuales, un problema recurrente y particularmente agudo en las Misiones de mantenimiento de la paz en Centroáfrica (Minusca) y en la República Democrática del Congo (Monusco). La propuesta de repatriación, presentada por Estados Unidos, tuvo catorce votos favorables y la abstención de Egipto; cuatro países (Rusia, Angola, China y Venezuela) apoyaron a este último, pero finalmente aprobaron la propuesta de Estados Unidos. Así, la Resolución fue adoptada por unanimidad, con una moción de Egipto (*France 24*, 2016).

En un reporte publicado, la ONU indicó haber recibido 99 denuncias de agresión y explotación sexuales en 2015 y 19 en 2014. Dos misiones acumulan la mitad de los casos: las misiones de mantenimiento de la paz en Centroáfrica (Minusca) y en República Democrática del Congo (Monusco). Desde el inicio de 2016 ya existían veintiséis nuevas acusaciones (*France 24*, 2016).

Para enero de 2016, Human Rights Watch documentó ocho casos de explotación y abuso sexual cometidos por soldados de la ONU en la República Centroafricana, incluidas la violación y la violación en grupo.

[Estos hechos] se han reportado desde la década del noventa respecto a las misiones de paz en Bosnia y Herzegovina, Camboya, la República Democrática del Congo, Timor Oriental, Haití, Liberia, Sierra Leona y Sudán del Sur, entre otras. Las tropas de Pakistán, Bangladesh, Sri Lanka, Uganda, Burundi, República del Congo y República Democrática del Congo se destacan entre las involucradas, aunque algunos de esos casos concernían a las fuerzas de mantenimiento de la paz dirigidas por la Unión Africana (Human Rights Watch, 2016).

La ausencia de documentación ha excluido este asunto de los índices sobre la expansión de la epidemia del VIH, pero dado que el período promedio de duración de las operaciones de mantenimiento de la paz es de diez años, el impacto podría ser aterrador, ahora que la ONU ha aceptado la revisión de los casos y su seguimiento en el área de influencia.

Situación de la epidemia del VIH/sida y el conflicto armado colombiano

Se sabe poco sobre el impacto de la crisis humanitaria por el desplazamiento forzado en Colombia en la expansión de la epidemia del VIH/sida en el país. Igual comentario merece el impacto, la responsabilidad y los índices del contagio en las Fuerzas Armadas regulares en Colombia. Tampoco se conocen programas previstos para atender, establecer y controlar el estado de contagio del VIH/sida entre los más de 7.000 combatientes en el proceso de desarme, desmovilización y reintegración de las FARC.

Pese a la ausencia de datos sobre los verdaderos estragos que ha causado el conflicto armado en la epidemia del sida en Colombia, los reportes internacionales de Onusida para 2003 veían dos situaciones con graves crisis humanitarias en América como focos de expansión de la epidemia del VIH/sida. En la Tabla 3 se aprecia a Colombia y a Haití como las referencias más relevantes. Señala 190.000 casos colombianos, con una prevalencia de 0.7 % de la enfermedad.

Sobre la relación entre conflicto armado y los índices de sida solo existe un documento publicado. Se trata del estudio sobre la desigualdad social, la salud y el conflicto armado en Colombia durante el período 2002-2008, realizado por Jeadran Nevardo Malagón Rojas (2011), experto de la Organización Panamericana para la Salud. Advierte acerca de la ausencia de vinculación del conflicto armado como un elemento determinante en la lucha contra la epidemia:

[...] para el caso colombiano es particularmente difícil el proceso de caracterizar la existencia de un vínculo entre el aumento de la incidencia de VIH/sida y el conflicto armado porque prácticamente todo el país había sido afectado por el conflicto armado (p. 267).

Según los resultados de la investigación:

La puesta en práctica de la política de salud para luchar contra el VIH/sida, como una estrategia de respuesta a los Objetivos de Milenio, ha mejorado la eficacia del sistema de vigilancia en un grupo de departamentos (manifiesto en altas coberturas en salud — >80 %— y alto IDH —> 0.75—) que presentaron las tasas más altas de incidencia de VIH/sida entre 2002 y 2008. Sin embargo, estos departamentos registraron las tasas de homicidio y masacres más altas del país, además del mayor número de ataques terroristas (Malagón, 2011, p. 268).

Tabla 3. Sobre los países en situación de crisis humanitaria e índices de VIH/sida 2003

Países que sufren una crisis humanitaria	Población adulta y menores que vivían con el VIH a finales de 2003 (estimación)	Prevalencia en adultos (15-49), final de 2003 (%) (estimación)	Países que sufren una crisis humanitaria	Población adulta y menores que vivían con el VIH a finales de 2003 (estimación)	Prevalencia en adultos (15-49), final de 2003 (%) (estimación)
África			América Latina y Caribe		
Angola	240.000	3,9%	Colombia	190.000	0,7%
Burundi	250.000	6,0%	Haití	280.000	5,6%
Congo	90.000	4,9%	Asia y Pacífico		
Côte d'Ivoire	570.000	7,0%	Afganistán	-	-
Eritrea	60.000	2,7%	Indonesia	110.000	0,1%
Etiopía	1.500.000	4,4%	Myanmar	330.000	1,2%
Guinea	140.000	3,2%	RPD Corea	-	-
Kenya	1.200.000	6,7%	Sri Lanka	3.500	0,1%
Lesotho	320.000	28,9%	Tayistán	< 200	< 0,1%
Liberia	100.000	5,9%	Europa		
Madagascar	140.000	1,7%	Georgia	3.000	0,1%
Malawi	900.000	14,2%	Rusia (Chechenia)	860.000	1,1%
Mozambique	1.300.000	12,2%	Serbia y Montenegro	10.000	0,2%
R. Centrafricana	260.000	13,5%	Oriente Medio		
RD Congo	1.100.000	4,2%	Iraq	< 500	< 0,1%
Rwanda	250.000	5,1%	Palestina	-	-
Sierra Leona	-	-			
Somalia	-	-			
Sudán	400.000	2,3%			
Swazilandia	220.000	38,8%			
Tanzania	1.600.000	8,8%			
Uganda	530.000	4,1%			
Zambia	920.000	16,5%			
Zimbabwe	1.800.000	24,6%			

Fuente: Mateos y otros autores (2015, p. 25)

Tras revisar los 32 departamentos del país, se aprecia que “un grupo de departamentos con una fuerte presencia de violencia armada, manifestada en las tasas de homicidio, matanzas e infracciones del DIH, mostraron una baja incidencia de VIH/sida” (Malagón, 2011, p. 268). Pese a considerar las cifras oficiales de los homicidios y las masacres, no es posible establecer la relación directa entre conflicto armado y la tasa de homicidios por departamento, debido a que un 50 % de

las muertes violentas registradas por el Instituto de Medicina Legal no está relacionado con ninguna causa o un motivo, lo que claramente revela “un subregistro de las muertes asociadas con el conflicto armado” (Malagón, 2011, p. 269).

El registro de víctimas del conflicto armado interno fue incluido en el Plan Nacional de Salud 2012-2021. No obstante, es en el informe de la CAC (2015) cuando aparece por primera vez el reporte de personas infectadas por VIH entre las comunidades desplazadas. Aunque la población en desplazamiento forzado por el conflicto no es la víctima exclusiva de la violencia, sí es la única que aparece consignada a partir de 2015; quedaron sin registro los años de mayor desplazamiento como también las otras víctimas del conflicto armado.

Tabla 4. Distribución PWIH⁵⁷ según grupos poblacionales 2015

Grupo poblacional	Mujeres	Hombres	Total
	n=	n=	n=
	%	%	%
Desplazado	384	334	718
	2.31%	0.75%	1.17%
No pertenece	16,163	43,738	59,901
	97.26%	98.16%	97.92%
Privado de la libertad	71	484	555
	0.43%	1.09%	0.91%
Total	16,618	44,556	61,174

Fuente: Cuenta de Alto Costo - BD Resolución 4725/2011. Fecha medición: 31 de enero de 2015.

En la Sentencia T-025 de 2004 se había ordenado el registro de las personas en condición de desplazamiento forzado, pero fue efectivo a partir de 2006. El registro y el control de la expansión de la epidemia en este grupo poblacional extremadamente vulnerable no ha tenido registro sobre la materia sino a partir de 2015.

En cuanto al caso de desplazamiento interno en Colombia, no existe suficiente evidencia para afirmar o negar que el desplazamiento haya sido un detonante de la epidemia [...] los registros de casos de VIH/sida en desplazados no existen antes del año 2006. Por otro lado, la incidencia de VIH/sida en esta población reportada de 2006 a 2008 refleja una incidencia del virus menor al promedio nacional (0.4 %) (Malagón, 2001, p. 269).

57 PVVIH se refiere a la persona que vive con VIH (CAC, 2015, p. 3).

Aunque dirigía una investigación para la OPS, tanto para Malagón, en el año 2011 como para esta investigación no fue posible conocer los reportes de la epidemia en la Fuerzas Armadas, pese a la solicitud formal ante el Ministerio de Salud y Protección Social y el Ministerio de la Defensa.

Como ya se mencionó, la inscripción de personas en situación de desplazamiento forzado, ordenado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-025 de 2004, solo comenzó a efectuarse a partir de 2006. La tardía decisión de incorporar el registro de contagios de VIH/sida en la población desplazada en el Plan Nacional de Salud para los años 2012-2021 da cuenta de la ausencia de información sobre ese grupo y, por lo mismo, de la falta de control de la expansión de la epidemia en el foco poblacional de alto riesgo de contagio.

Según la Ley 1448 de 2011, denominada Ley de víctimas y de restitución de tierras, se estableció que el reconocimiento de víctimas solo contaría a partir del 1 enero de 1985, pues esta fue la época del inicio de los grandes desplazamientos a causa del conflicto armado y para la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (Codhes), el desplazamiento aparece masiva y permanentemente en el país desde hace veinticinco años (Núñez y Hurtado, 2015).

De acuerdo con la investigación desarrollada por la OPS, la ausencia de registro no es evidencia:

[...] para afirmar o negar que el desplazamiento haya sido un detonante de la epidemia [...] los registros de casos de VIH/sida en desplazados no existen antes del año 2006. Por otro lado, la incidencia de VIH/sida en esta población reportada de 2006 a 2008 refleja una incidencia del virus menor al promedio nacional (0.4 %) (Malagón, 2011, p. 269).

En cuanto a la incidencia de la epidemia en las Fuerzas Armadas, para la investigación que desarrolló Malagón (2011) sobre la desigualdad social, salud y conflicto armado en Colombia, no fue posible conocer los datos de la epidemia en esta población, debido a la negativa de acceso a los datos por razones de seguridad. Aunque es una población de alto riesgo de contagio, la situación sobre las tasas actuales de contagio en las Fuerzas Armadas tampoco fue reportada en el informe del país a Onusida sobre el seguimiento de la Declaración de compromiso sobre el VIH/sida (Ministerio de Salud y Protección Social, 2012a). Así, pues,

la ausencia de conocimiento sobre las condiciones actuales de la epidemia reduce las posibilidades del control de contagio y las medidas de atención.

Por otra parte, la ausencia de información y el subregistro de la epidemia en focos poblacionales reconocidos como de alto riesgo de contagio son circunstancias que rodean el panorama del estado actual de la enfermedad en un país que enfrenta una etapa de posconflicto. La importancia de adoptar medidas de control de la situación actual permitirá a excombatientes, fuerzas militares regulares y población civil que el proceso de reincorporación y desmilitarización sea menos traumático y minimice el impacto de la salida del conflicto.

REALIDAD Y RESPUESTAS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD AL PROBLEMA DEL VIH Y LAS TRANSFUSIONES DE SANGRE EN COLOMBIA*

Consideraciones previas

Mediante una nutrida jurisprudencia, la Corte Constitucional ha establecido el principio de integralidad en salud, el cual no solo requiere que las prestaciones, las intervenciones y los procedimientos para proteger el derecho fundamental se presten en su totalidad, sino que el servicio se garantice en condiciones de accesibilidad, oportunidad y eficiencia. Sin embargo, con el modelo de aseguramiento en el que se encuentra Colombia a partir de la Ley 100 de 1993, la prestación de los servicios de salud, en especial en casos de pacientes de alto costo, implica altos costos para el sistema. Esto implica la evaluación entre la necesidad de atención y la garantía en suficiencia de los recursos para toda la población con un criterio de eficiencia.

* Este capítulo es resultado de investigación del proyecto "Los retos del derecho privado contemporáneo en el contexto del debate constitucional y los nuevos desarrollos de la economía", del Grupo de estudio de derecho privado y propiedad intelectual, financiado por la Universidad Católica de Colombia. Se inspira en la tesis de Maestría titulada *El plan obligatorio de salud en Colombia y su rol en el cumplimiento del principio de integralidad en salud para las personas que padecen VIH*. Dicha tesis se encuentra en el repositorio institucional de la Universidad Nacional de Colombia desde abril de 2014 y no tiene restricciones para su publicación.

Tras la expedición de la Ley 1751 de 2015, la salud toma la connotación de derecho fundamental y se enfoca en tres líneas principales de atención: la prevención de riesgos, la atención en salud y la rehabilitación. Este esquema cobra especial relevancia frente a la población vulnerable que requiere tratamientos de alto costo, como el de VIH/sida. En Colombia se presentan más de 61.000 casos de VIH y, aunque son pocos respecto a África, con más de 22 millones, sí es relevante analizar la integralidad de las prestaciones recibidas por el Sistema de salud. Los avances en materia de tecnologías y medicamentos van a grandes pasos, mientras las actualizaciones en la prestación de los servicios han sido precarias y lentas.

La incidencia del contagio tiene una incidencia de 97 % por transmisión sexual, un 2 % por transmisión perinatal, un 0.1 % por uso de drogas y accidentes laborales y un 0.2 % por hemotransfusión (Cuenta de Alto Costo, 2015); este último es un factor especial de atención que debe reducirse con el empleo de protocolos y procedimientos especializados.

Si bien la Ley 1751 de 2015 modificó el POS, su naturaleza no cambió, pues mantiene una lista de exclusiones que se acordará de forma participativa. Frente a ello, es preciso establecer si se ofrecen mecanismos eficientes para garantizar la vida y salud de las personas con enfermedades de alto costo.

El sistema colombiano se ha estructurado sobre un esquema de aseguramiento en salud de libre competencia que incluye a los particulares en su prestación. No obstante, por tratarse de un derecho fundamental, su regulación está supeditada a principios constitucionales que deben ser adaptados al sistema privado, conforme lo señala el Artículo 49 constitucional. El modelo ha sufrido cambios importantes desde su concepción inicial, con una alta participación pública y de control social y judicial que impactan la gestión frente a los particulares (Garzón, 2014).

Al fundamentarse en un esquema de seguros, cuenta con los siguientes elementos: (i) un administrador que asegura las prestaciones y brinda protección frente a los riesgos contratados (EPS); (ii) un pago mensual que hace el Estado a las EPS para que presten los servicios contratados, y (iii) un listado de exclusiones que indica a las EPS las prestaciones que no deben brindar.

Así las cosas, si bien el POS como listado de medicamentos, procedimientos e insumos fue eliminado, sí persiste una serie de prestaciones previamente financiadas y otras expresamente excluidas y, por lo tanto, no cuentan con soporte

económico ni jurídico para su realización. Este plan responde entonces a unos criterios de suficiencia y supedita las prestaciones a los acuerdos privados y a la suficiencia de los pagos a las EPS.

A pesar de su criterio económico, este modelo de aseguramiento debe prestarse bajo el principio de integralidad, el cual reza que “se debe garantizar la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población” (Congreso de la República, 1993, art. 2, lit. d). El desarrollo de este principio se encuentra en una nutrida jurisprudencia que ha indicado que no basta con ofrecer la prestación, sino que la misma tiene que brindarse en condiciones de oportunidad y eficiencia (Garzón, 2014).

No obstante, en cuanto a grupos vulnerables como los enfermos de VIH, se observa que las necesidades pueden variar y extenderse más allá de su patología, lo que sobrepasa las coberturas previstas por el sistema de salud; por eso, quedan expresamente excluidas en su atención y sin los soportes económico y médico necesarios para asegurar las prestaciones.

Así las cosas, procesos como la prevención del contagio por hemotransfusión y los de atención en salud y la rehabilitación deben considerarse de una manera prospectiva y ofrecer alternativas de tratamiento integral que aseguren el pleno acceso de estas personas a los servicios y que garantice efectivamente los derechos.

Con esta perspectiva, se busca analizar las variables de los componentes de los planes de salud y la integralidad en la prestación de los servicios para los pacientes con VIH y evidenciar, desde la óptica de la administración del sistema, las expectativas, los antecedentes y los mecanismos de prevención del contagio de VIH por hemotransfusión.

Otro aspecto a tener en cuenta en los procesos de contagio de VIH por hemotransfusión es la responsabilidad médica que se deriva de ellos, pues el sistema debe contar con esquemas de prevención del contagio y atención integral para la rehabilitación del VIH y protocolos de atención que permitan minimizar el riesgo asociado.

Con el fin de proponer una respuesta ante la necesidad de atención de pacientes con VIH, el presente capítulo contiene el estado del arte sobre los antecedentes del sistema de salud, el marco general del principio de integralidad en

salud y su especial importancia para los enfermos de VIH/sida e identifica los inconvenientes que tiene la prestación integral de los servicios de salud derivados del contagio por hemotransfusión. Por eso, se adopta un análisis de contradicción de principios: por un lado, la sostenibilidad fiscal frente al derecho fundamental a la salud y, por otro, el principio de integralidad frente al principio de eficacia.

El modelo de aseguramiento en salud para las personas que padecen VIH

Como se analizó, un modelo de aseguramiento en salud requiere sustento económico que garantice la inclusión de particulares en la prestación de los servicios de salud, por lo que el modelo implementado con la Ley 100 de 1993 se fundamentó en un pluralismo estructurado que aseguraba la inclusión de múltiples organismos en su consolidación tanto administrativa como prestacional (Jaramillo, 1999).

La evolución de la concepción del sistema de salud que parte de la definición constitucional del Artículo 49 como un “servicio público esencial” y un derecho de carácter irrenunciable hacía posible la implementación de esquemas que limitaran la prestación del servicio, al encontrarnos en ese momento ante la división de los derechos en generaciones. La salud fue considerada como un derecho programático que precisaba recursos para su implementación y otorgamiento efectivo, por lo que aún hoy día es viable limitar prestaciones que no estén estrictamente en el marco del derecho.

Según la Defensoría del Pueblo (2015), la tutela para el reclamo de prestaciones en salud constituyó en 2014 más de un 25 % de las acciones interpuestas. Las cifras no cuentan con una actualización por parte de esta entidad, pero siguen generando preocupaciones tanto para el sistema de salud como para los órganos judiciales, pues implican prerrogativas para quienes acceden a este mecanismo y provocan desigualdad en las prestaciones y la negación sistemática de las mismas para quienes no recurren a ella.

Con el cambio reciente en el plan obligatorio de salud, derivado de las obligaciones fijadas en la Ley 1751 de 2015, se busca disminuir el número de acciones de tutela por negación de servicios de salud y construir así un sistema más equitativo. No obstante, empiezan a ser latentes las preocupaciones de grupos de pacientes de alto costo que han visto amenazado el suministro de sus medicamentos, al haber un vacío legal en la materia.

Planteados estos antecedentes, analizaremos el marco normativo que existe frente a la protección de personas con VIH para ver las implicaciones del sistema en los casos de contagio por hemotransfusión.

Marco normativo nacional e internacional para las personas que padecen VIH

Referirnos al tratamiento del VIH luego de un contagio por hemotransfusión requiere, sin duda, un marco legal sólido para afrontar los esquemas de promoción y prevención que aseguren la protección de los derechos fundamentales de los pacientes. No se desconoce con ello que se trata de una enfermedad de alto costo y por eso los tratamientos tienen en cuenta el componente de sostenibilidad, tan caros para el sistema de seguridad en general.

Cabe destacar el Acuerdo 117 de 2008 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, mediante el cual se establece que las enfermedades de interés en salud pública serán objeto de atención oportuna y seguimiento, con el fin de garantizar su tratamiento y evitar complicaciones prevenibles. La norma señala al VIH/sida como enfermedad de importancia pública por su alto carácter infeccioso y por su grado de transmisibilidad infecciosa.

La Ley 972 de 2005 apunta al tratamiento efectivo contra el virus, comprendidos el diagnóstico y las sanciones a las que haya lugar en caso de negación de los servicios de atención. No se ahonda en los mecanismos de prevención que se deben tener de acuerdo con las problemáticas sociales y económicas.

En el Decreto 1543 de 1997 se definen los términos de referencia para comprender el VIH y el sida, así como las medidas tendientes a garantizar la atención integral de esta población. El VIH es el agente causal del sida y este, a su vez, es el conjunto de síntomas y signos generados por el compromiso del sistema inmunológico de una persona como consecuencia de la infección por el VIH.

El Decreto establece la necesidad de la integralidad en la atención de la enfermedad, entendida esta como toda atención en las áreas de prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y readaptación necesarias para controlar la infección y que se consideren eficaces para mejorar la calidad de vida de las personas contagiadas, procesos en los cuales deben participar todos los miembros de la familia y el grupo social de referencia. La norma hace una relación entre la necesaria protección de los derechos fundamentales de las personas y el tratamiento y prevención del VIH con un enfoque incluyente que permita la inserción de mecanismos de prevención a la

vez que evite el rechazo que por este concepto se pueda dar hacia las personas con diagnóstico positivo (Garzón, 2014, p. 14).

La Circular 063 de 2007 del Ministerio de la Protección Social constituye un referente en materia de diagnóstico, al especificar la obligación del sistema de salud de practicar las pruebas diagnósticas confirmatorias del VIH. Este instrumento jurídico conmina a las EPS, entidades adaptadas, direcciones territoriales de salud, la Superintendencia Nacional de Salud, los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables de los regímenes de excepción a elaborar los esquemas necesarios para asegurar un diagnóstico oportuno que permita cerrar los focos de infección por desconocimiento e inicie con prontitud un tratamiento que prevenga las consecuencias asociadas con la enfermedad.

En el Plan Nacional de Salud Pública se explica el VIH “como una de las enfermedades transmisibles de mayor impacto y con alta carga de morbilidad distribuida en los grupos de población más vulnerables” (Presidencia de la República, 2007, p. 18). Para las aseguradoras en salud, este Plan exige hacer seguimiento y análisis de los pacientes infectados con VIH, a fin de captar los focos de infección y proteger la cobertura de terapia antirretroviral para este grupo de pacientes. De igual forma, reclama la eliminación de barreras para su tratamiento, la previsión de asistencia especializada para las mujeres gestantes y el suministro de leche de fórmula para los recién nacidos, para reducir la infección perinatal y disminuir el contagio al nacer.

Normas internacionales en materia de VIH: el enfoque normativo en la hemotransfusión

Si bien ya fue objeto de análisis en el presente libro, no sobra destacar algunas disposiciones de la ONU aplicables a la prevención y al tratamiento del VIH:

- Resolución 55/2, de 8 de septiembre de 2000, “Declaración del milenio”. Fija como meta la reducción de la propagación del VIH y la especial asistencia a los niños huérfanos a causa de esta enfermedad.
- Resolución 1983 de 2011, aprobada por el Consejo de Seguridad en su 6.547ª sesión, celebrada el 7 de junio de 2011. Reconoce los esfuerzos que han realizado varios países para la protección de las personas que padecen VIH y emite una alerta por la protección especial con enfoque de género y atención a las víctimas del conflicto armado.

- Resolución 1308 de 2000. Recalca la importancia de las medidas de prevención y atención del VIH en las operaciones de mantenimiento de la paz.
- Declaración de compromiso de la lucha contra el VIH del año 2001. Señala compromisos como el liderazgo en todos los planos desde la sociedad civil para la atención oportuna del VIH y los programas de prevención, atención, apoyo y tratamiento como elementos fundamentales para una acción eficaz en condiciones de igualdad para todas las personas infectadas.
- Resolución 65/277 de 2011, Declaración política sobre el VIH y el sida. Establece los mecanismos de prevención para la ampliación de la cobertura y la diversificación de enfoques para intensificar el esfuerzo de prevenir nuevas infecciones, con reconocimiento de nuevos grupos poblacionales vulnerables y la necesidad de implementar estrategias para reducir estas nuevas formas de contagio. Reafirma el compromiso por eliminar los estigmas, la violencia y la discriminación que sufren las personas con VIH y admite el estado de salud y su relación con la garantía de la calidad de vida de las personas, con lo que amplía el marco de protección no solo a la ausencia de enfermedad, sino al mejoramiento de los esquemas de bienestar.

El Programa europeo para garantizar la seguridad de la sangre suministrada a pacientes que reciban transfusiones en la Unión Europea tiene como objetivo lograr un sistema de calidad en los procesos de autoinspección y mejorar la adecuación administrativa para ejercer controles pertinentes que redunden en el bienestar de los pacientes y prevengan las hemotransfusiones como fuente de infección (Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, 2011).

La OMS (2015) hace un llamado sobre las transfusiones no necesarias y las prácticas peligrosas que exponen a los pacientes a sufrir infecciones y reacciones transfusionales graves. Además, a causa del riesgo de las transfusiones, recomienda a los Estados crear comités de transfusión y hemovigilancia en hospitales y lugares en donde se practiquen estos procedimientos.

En el ámbito jurídico nacional, en materia de hemotransfusión se destaca el Decreto 1571 de 1993, el cual determina el funcionamiento de establecimientos

dedicados a extracción, procesamiento, conservación y transporte de sangre total o de hemoderivados y se crea la Red nacional de bancos de sangre. Destaca que todas las instituciones encargadas del proceso deben contar con una licencia especial de funcionamiento que las habilite de manera específica para tal fin; no bastan las acreditaciones generales que se otorgan en otros contextos económicos y sociales.

Respecto a la prevención del contagio, esta norma dispone que la selección de donantes es una obligación de los bancos de sangre y que, en caso de encontrar agentes infecciosos en el fluido donado, deberán notificar de inmediato a la Unidad de Vigilancia Epidemiológica y desecharlo.

Si bien es labor de los bancos de sangre garantizar la calidad del producto, en las entidades médicas donde se transfieran más de cien unidades existe el deber de constituir un comité de transfusión sanguínea, con el fin de emitir recomendaciones y vigilar los procedimientos sin que la norma les asigne compromisos particulares que les asigne responsabilidad.

En el aspecto sancionatorio, la obligación contempla acoger todas las disposiciones y dar pleno cumplimiento a los requisitos de los bancos de sangre, sin que se fijen sanciones específicas en caso de contagio de VIH por este medio. En este sentido, la obligación es de medio y, en caso de consolidarse el riesgo, se debe observar el cabal cumplimiento de las disposiciones.

El Decreto 1543 de 1997 reglamenta el manejo de la infección por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH), el síndrome de la inmunodeficiencia adquirida (sida) y las otras enfermedades de transmisión sexual (ETS).

Marco de prevención de contagio frente al VIH/sida por hemotransfusión

El uso de la sangre, los componentes sanguíneos y hemoderivados tiene un gran impacto en la prestación de los servicios de salud, así como en la calidad de vida de los pacientes (Ministerio de Salud y Protección Social, 2011). Por ello, el análisis de su regulación para prevenir los riesgos asociados con el contagio de VIH por este medio tiene una especial importancia legal y constitucional.

Corresponden al Estado la planificación, la organización y la conformación de redes de donación y transfusión bajo los principios de accesibilidad, equidad y

solidaridad. Esta política debe estar dirigida a garantizar una adecuada cadena de seguridad transfusional que permita la prevención del contagio de enfermedades.

Este esquema de prevención comienza con la promoción y educación de los donantes, mediante la creación de campañas que garanticen la recepción de sangre sana; continúa con la calidad de las pruebas utilizadas que avalen la seguridad transfusional y termina con los adecuados procesos médicos que eviten que en el traslado y en los procedimientos se contamine la sangre. En este punto también tiene un papel esencial la alternativa terapéutica que escoja el médico tratante, pues le corresponde disminuir los riesgos del tratamiento.

En el sistema de salud, solo se cuenta con el seguimiento realizado por el Ministerio de Salud y por la Cuenta de Alto Costo en cuanto al aseguramiento, por lo que no hay lugar a la implementación de mesas de trabajo interdisciplinarias que agrupen a los entes gubernamentales para una política pública integral en materia de VIH y articulen los programas de prevención del contagio por hemotransfusión.

Desde el inicio de la epidemia, se ha constatado que el VIH puede transmitirse por transfundir hemoderivados y sangre. Esta transferencia es muy eficaz: se produce seroconversión entre un 90 % y un 100 % de los receptores de sangre infectada, y las tasas de infección no están relacionadas con edad, sexo, motivo de la transfusión u otras enfermedades del receptor (Belda, Rodríguez y Díaz, 2013).

Según la OMS, un 5 % de los casos nuevos de sida que se registran cada año se presenta por transfusiones sanguíneas y, aunque estadísticamente la incidencia es baja, las medidas preventivas del contagio son fundamentales para garantizar la seguridad en el tratamiento. Jurídicamente, entonces, la prevención inicia con la evaluación de la adecuación de los procedimientos, sin que hasta el momento sea posible eliminar el riesgo de contagio, pues no existe prueba alguna ciento por ciento confiable y certera; además, antes de que se produzcan anticuerpos (en un período temprano), el VIH no arroja resultado positivo (Cortés, 2009).

Uno de los principios de la responsabilidad médica y de los procedimientos de prevención de contagio por hemotransfusión es que la obligación de los galeos no es de producto, sino de medio, por lo que la prevención del contagio por esta vía solo se puede minimizar si se atienden los protocolos en la materia y mediante la información clara al paciente en el consentimiento informado sobre los protocolos de prevención y los riesgos asociados.

Acceso a la prevención, atención y rehabilitación de contagio por hemotransfusión del VIH

La estructura del presente capítulo se enfoca en el esquema de prevención, atención y rehabilitación de pacientes infectados con VIH tras una transfusión sanguínea. Acerca del punto de la atención, para brindar un adecuado tratamiento, es fundamental no solo contar con los programas y protocolos de atención, sino también el acceso oportuno a los servicios, luego de que se ha consolidado el hecho.

Dicho ingreso real y efectivo es aquel que asegura la prestación de los servicios bajo los principios de igualdad, no discriminación y atención eficiente y oportuna para toda la población. La prevención debe estar respaldada por sistemas oportunos de información y educación para toda la población, en especial para la más vulnerable, por ser la más expuesta a este tipo de situaciones. El acceso debe procurar la eliminación de barreras tanto geográficas como económicas y culturales para la atención. El tratamiento tiene que generar la adherencia del paciente, por lo que los protocolos deben responder a las necesidades y características de la población contagiada, máxime si se tiene en cuenta el alto grado de vulnerabilidad previo y posterior en el que se encuentran.

No basta entonces con que exista un reconocimiento legal de los derechos de las personas con VIH: se requiere del despliegue de acciones que concreten el ejercicio de los mismos, como el acceso real y oportuno a los servicios de salud, la atención integral en todas las fases de la enfermedad y la garantía de una actividad participativa efectiva que facilite la implementación de los cambios legislativos necesarios, para evitar que se deba acudir a medios judiciales a exigir la efectividad de los derechos.

El VIH/sida en Colombia: programas adoptados frente al VIH en prevención, atención y rehabilitación por contagio con hemotransfusión

Para los años 2014-2017 se implementó el Plan nacional de respuesta ante el VIH, el cual partió del reconocimiento de la incidencia de esta enfermedad y su focalización en comunidades históricamente marginadas, sobre todo hombres que tienen sexo con hombres, mujeres trabajadoras sexuales y usuarios de drogas por vía inyectable, sin que tuviera relevancia el contagio por hemotransfusión.

El consentimiento informado y la aplicación clara y oportuna de protocolos médicos que aseguren el riguroso seguimiento a las transfusiones sanguíneas no han estado en el foco de la atención de las medidas preventivas dirigidas a la población. No basta con tener esquemas, protocolos y medios de prevención de contaminación sanguínea, pues se debe asegurar el acceso a esquemas de salud que, mediante el Sistema de Seguridad Social, brinden atención integral, disminuyan la incidencia del contagio y certifiquen una mejor adecuación social que prevenga la exclusión laboral, social y familiar (Garzón, 2014).

En el área temática específica denominada “sangre segura”, este Plan comporta el objetivo estratégico de prevención de la transmisión del VIH y la atención oportuna luego del contagio. Involucra el seguimiento estricto de protocolos en el manejo, la vigilancia de la calidad y el incremento de la cantidad de sangre segura disponible; ello implica la masificación de campañas para donación de sangre segura, cuya finalidad es que todos los bancos de sangre dispongan del fluido y los bancos de órganos y tejidos garanticen el tamizaje para ITS-VIH.

Las actividades previstas para lograr este propósito consisten en el desarrollo de una estrategia de educación y movilización social para la autoexclusión de donación de sangre de las poblaciones con mayor incidencia de la enfermedad. De igual manera, el Plan se propone adelantar procesos de cooperación técnica con el personal de bancos de sangre y de prestadores de servicios de salud relacionados con la donación y el trasplante de órganos y tejidos, para garantizar la aplicación de los protocolos de tamizaje, la sensibilización en estigma y discriminación (E&D), el seguimiento a donantes reactivos y la referencia oportuna a personas que requieren tratamiento (Ministerio de Salud y Protección Social y Onusida, 2014).

Otro aspecto a considerar es la adherencia al tratamiento, lo que implica que el sujeto de la protección cuente con instrucciones médicas claras y medidas farmacológicas pertinentes, así como acceso oportuno en información sobre estilos de vida, comunicación con el médico o médicos tratantes y pleno conocimiento de riesgos y posibilidades de su tratamiento (Varela, Salazar y Correa, 2008).

El tratamiento excede el aspecto farmacológico y se torna hacia su incidencia social, lo que exige prestaciones diferenciadas según la fase de la enfermedad: si se trata de una persona que sigue siendo productiva o si tiene un grado de invalidez ocasionado por esta (OMS, 2013).

Las medidas previsionales a partir de esquemas subsidiados cobran importancia: la persona deja de estar en el marco de las prestaciones del régimen contributivo por perder su capacidad productiva y requiere de una asistencia médica integral subsidiada que le garantice la continuidad de su tratamiento. Aunque este no siempre es el caso, el sistema de salud debe estar preparado para afrontar tal eventualidad en condiciones de equidad, solidaridad y eficiencia.

Análisis jurisprudencial frente a la prestación de servicios de salud a personas con VIH

La jurisprudencia ha desempeñado un papel fundamental en el desarrollo de las políticas sociales en salud y en aplicación del literal d del Artículo 2 de la Ley 100 de 1993, que establece la integralidad como un principio en virtud del cual:

[Se brinda la] cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta ley.

El desarrollo jurisprudencial ha ratificado este postulado como un principio aplicable a todo el Sistema de seguridad social, dirigido sobre todo a los riesgos expresamente cubiertos. Ello amplía el espectro de protección en materia de salud a partir de la expedición de la Ley 1751 de 2015, por tratarse de un derecho fundamental que requiere protección especial. Tal es la importancia de este principio, que la precitada Ley lo define en su Artículo 8 en los siguientes términos:

Artículo 8°. La integralidad. Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.

El desarrollo legal desde la Ley 100 hasta la Ley 1751 resulta evidente: el principio no solo se amplía, sino que adquiere relevancia ante la responsabilidad

médica que se puede generar desde los esquemas de prevención hasta el diagnóstico y el tratamiento correspondientes. Este importante avance, que sin duda debe observarse con cuidado en el momento de analizar la responsabilidad por la atención de pacientes que sufren contagio de VIH por hemotransfusión, surgió gracias a la jurisprudencia que fijó el principio de integralidad bajo los siguientes parámetros: (i) como una forma de garantizar el derecho a la salud; (ii) como una regla de prestación del servicio de salud; (iii) como una característica del Sistema de salud, y (iv) como una obligación acerca de las condiciones como debe prestarse el servicio (Colombia, Corte Constitucional, 2013).

Las Sentencias T-1041 de 2012 y T-760 de 2008 han posicionado la idea de que con el principio de integralidad se pretende garantizar el mayor disfrute de salud y para su cumplimiento se requieren la atención y el tratamiento prescritos por el médico tratante de manera completa. Con ello se asegura el cuidado, el suministro de medicamentos, las intervenciones quirúrgicas, la rehabilitación y los exámenes diagnósticos en procura del restablecimiento de la salud del paciente o la mitigación de dolencias que le impidan obtener mejores condiciones de salud. De esta manera, el principio de integralidad para personas con enfermedades catastróficas se satisface una vez se otorgan todas las atenciones necesarias para retrasar el deterioro de la salud y abarca las esferas de educación, información, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación otorgados según la intensidad de uso y la atención en condiciones de cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia (Colombia, Corte Constitucional, 2008; 2012a).

En este mismo sentido, la articulación y cohesión entre políticas institucionales, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social se deben sumar a estas finalidades del principio de integralidad y concretar otros principios como los de unidad y participación, sin que tengan que ocasionarse demandas o requerimientos previos.

Nos enfrentamos a una de las situaciones que más impacto presentaban en el esquema de aseguramiento y eran los fallos integrales, aquellos en los cuales el juez de conocimiento ordenaba que se brindaran todas las prestaciones señaladas por el médico tratante, estuvieran o no incluidas en el POS. Así excedía el postulado legal y entregaba un “cheque en blanco” para quienes tenían este “privilegio judicial”. Ahora bien, con la eliminación del POS, esta pasa a ser la regla general, porque se cobija la totalidad de las prestaciones y se facilita la

gestión para los usuarios de las órdenes médicas (Colombia, Corte Constitucional, 2012b).

Por otra parte, la Corte Constitucional ha sido persistente en señalar que las prestaciones de la población con VIH deben otorgarse en condiciones de igualdad en relación con otras enfermedades a pesar de sus altos costos y, aunque estas solo tengan efectos paliativos, se autoriza el tratamiento o el medicamento ordenado por el médico tratante (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2003).

En estos fallos se reiteraba la incidencia de la sistemática negación de servicios no incluidos en el POS, situación que, si bien podríamos creer superada, enfrenta nuevos retos derivados de las lagunas y los vacíos que quedarán frente a prestaciones que se venían otorgando a los pacientes.

Problemáticas como las deficiencias del diseño del Sistema de salud; la multiplicidad de acciones judiciales en respaldo a la protección de los derechos fundamentales; el bajo sustento de la UPC y la afectación de la viabilidad financiera; la congestión judicial y la generación de obligaciones a las EPS que, en su condición de particulares, no deben financiar (Quinche, 2009), tendrían que ser evaluadas tras la eliminación del POS, ya que este cambio supondría un acceso a los servicios más fácil y eficiente.

Es fundamental atacar las causas de tantas tutelas, porque las mismas afectan principios como la sostenibilidad fiscal, la solidaridad y la equidad en el sistema (Contreras, 2009). Además, estas implican la interacción de elementos externos como el juez de conocimiento, las pruebas que pueda allegar el accionante, el conocimiento jurídico que tenga y el margen de acción para hacer seguimiento y garantizar el cumplimiento del fallo (Quintero, 2011).

La escala de eficiencia en protección de pacientes con VIH es baja en el Sistema de salud, toda vez que no es posible prever el límite de las prestaciones ni el marco de afectación que tendrá la enfermedad sobre el paciente al atacar todo el sistema inmunológico (Estébanes, 2002).

La prestación de los servicios de salud con integralidad para pacientes con VIH

En los términos del Artículo 15 de la Ley 1751 de 2016, solo se pueden excluir los tratamientos o procedimientos que: a) tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o el mantenimiento de la

capacidad funcional o vital de las personas; b) no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica; c) no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica; d) su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente; e) se encuentren en fase de experimentación, y f) tengan que ser prestados en el exterior.

No podemos hacer una lectura aislada de los principios que cobijan los servicios de salud. Si bien nuestro marco de referencia se fundamenta en la integralidad, la misma solo es aplicable con otros principios como el de eficiencia; este determina que los procedimientos, medicamentos e insumos que se escojan deberán tener el menor costo posible y tener la mayor efectividad en la curación definitiva del paciente, aspecto que tiene efectos particulares para las personas con VIH, por tratarse de una enfermedad terminal a la que solo se le aplican elementos paliativos. Por todo eso, dicha población se encuentra desprotegida según la aplicación de este principio (Arbeláez, 2006). Así las cosas, en la primera fase de la enfermedad (y de allí la importancia de un diagnóstico oportuno) se debe procurar la prestación oportuna e integral de los servicios, pues al garantizar la estabilidad y el bienestar del paciente en esta etapa, el tratamiento se hace más eficiente y mantiene a la persona en una etapa productiva de su ciclo vital que aporta y cofinancia su propio tratamiento.

De estas condiciones dependerá una mayor adherencia al tratamiento y la efectividad del mismo, evaluada desde la óptica de las necesidades que genera la patología (Romero, 1994).

No se trata de aplicar el principio de integralidad de manera aislada y objetiva, sino de aterrizar sus prestaciones desde las fases de prevención, diagnóstico y tratamiento integral, así no exista concepto favorable de rehabilitación para el paciente. En este sentido, puesto que uno de los focos de infección del VIH es la hemotransfusión, debería plantearse una atención integral que contemple desde los protocolos de prevención del contagio hasta la vigilancia estricta de los procesos de transfusión y el seguimiento a los casos en los que se contemple el riesgo asociado.

Responsabilidad frente al contagio de VIH por transfusión sanguínea

La incidencia del contagio frente a la transfusión sanguínea tiene dos momentos de análisis determinantes: en primer lugar, el seguimiento de los protocolos para

la certificación de la sangre, que empieza en la creación de campañas de donación que fijen procesos de autoexclusión de poblaciones con incidencia de la enfermedad, la realización de tamizaje por ITS/VIH y los protocolos de cuidado de la sangre para evitar la infección posterior. El segundo momento tiene que ver con la transfusión como tal e incluye la decisión del médico de hacer la transfusión como único medio para asegurar la vida y la salud del paciente, la firma del consentimiento informado y el adecuado acto de transfusión de sangre debidamente certificada bajo los protocolos médicos pertinentes.

La determinación sobre el tratamiento a seguir debe buscar el bienestar del paciente, por lo que se prefiere el uso de medicamentos o procedimientos que no impliquen la transfusión; esta es una de las últimas opciones, debido al riesgo inherente por la imposibilidad de eliminar por completo la probabilidad de contagio de VIH, hepatitis B y C y otras enfermedades.

En primer lugar, es importante analizar la responsabilidad de los bancos de sangre como entidades encargadas del recaudo de la sangre, los cuales deben otorgar el sello nacional de calidad a todas las unidades destinadas a la transfusión, previa realización de las pruebas y los protocolos pertinentes. La responsabilidad del personal que recauda el fluido tiene que ver también con la seguridad del donante, por lo que debe ejercer vigilancia sobre el mismo, así como mantener condiciones de asepsia, como si se tratara de una cirugía menor para los donantes.

Los bancos de sangre requieren la debida autorización de la Secretaría de Salud, la cual verifica su funcionamiento y hace seguimiento al estricto cumplimiento de los manuales y los protocolos que aseguren que dichas entidades atienden lo establecido en el Decreto 1571 de 1993. Las fallas en el sistema serán responsabilidad tanto del banco de sangre como de la Secretaría de Salud, que debe imponer sanciones en caso de hallar irregularidades que atenten contra la vida de los donantes o de los receptores.

La responsabilidad por la calidad de la sangre proviene del sello y de quien lo administra, así como del donante, sin que sea imputable al médico o a la institución donde se efectúa el procedimiento, debido a que el sello certifica que se han seguido los protocolos pertinentes. Así lo manifestó el Consejo de Estado (2004) en el caso de una mujer contagiada de VIH luego de la transfusión de una sangre que, a pesar de tener el sello, contenía el virus:

Sin embargo, también está probado que el Banco de Sangre Alvarado Domínguez no practicaba correctamente las pruebas necesarias para imponer a la sangre y sus componentes el sello citado, y que, durante el primer semestre de 1990, esa institución entregó a la Clínica Palermo de Bogotá, unidades de sangre con el sello nacional de calidad, correspondientes a una persona que, en la fecha de la extracción de la sangre, era portadora del VIH. Así se desprende de la decisión proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 10 de marzo de 1995, que encontró responsable al director de dicho establecimiento de los delitos de propagación de epidemia y homicidio, investigados en el proceso adelantado por la muerte de la menor Laura Espinel Leal, que resultó infectada con el VIH como consecuencia de una transfusión de plasma suministrado por aquél, practicada en mayo de 1990 en la Clínica Palermo. En esta decisión, se encontró también responsable de los mismos delitos a Luis Arrázola Arrázola, donante de la sangre infectada, quien no obstante haber sido informado de su condición de reactivo para VIH, el 7 de noviembre de 1989, en la ciudad de Barranquilla, acudió posteriormente, el 10 de enero, el 7 de marzo y el 7 de mayo de 1990, al Banco Alvarado Domínguez de la ciudad de Bogotá, donde su sangre fue recibida y empacada en bolsas con el sello nacional de calidad.

El Consejo de Estado condenó solidariamente a la Nación, al Ministerio de Salud y al distrito de Bogotá a reconocer el daño emergente y el daño moral causados a la paciente, producto de la transmisión del sida por la sangre contaminada, sin que para el Sistema de salud se encuentren antecedentes de indemnizaciones por este hecho, porque la vigilancia les corresponde a estas entidades públicas del orden nacional y distrital.

No hay responsabilidad alguna del Sistema de salud frente a las medidas de prevención del contagio, pero sí en las de atención, que lo obligan a asegurar la calidad, el acceso, la aceptación y la adherencia del paciente al tratamiento.

La problemática del Sistema de salud frente a los pacientes que se contagian de VIH luego de una hemotransfusión consiste en garantizar todo el proceso, desde la idoneidad de la sangre y la atención integral del paciente hasta la determinación del marco de responsabilidad de los agentes involucrados. Con los cambios suscitados por la Ley estatutaria de salud, sobre todo en lo referente a la eliminación del POS, se espera un impacto positivo en la disminución de las acciones de tutela que se instauran por la negación de servicios.

CONCLUSIONES

La revisión jurisprudencial de algunas sentencias que se han pronunciado sobre la indemnización de daños en casos de transfusión de sangre en Colombia indica, por una parte, que existe un exiguo número de casos que han llegado a las Altas Cortes de Colombia en las que se ha abordado este problema. Por otra parte, se puede observar que la argumentación expuesta permite trazar unas líneas sobre la imputación de responsabilidad, de las cuales se deduce que la dificultad probatoria para una víctima, determinada por la incertidumbre en el origen de una infección, debe ser superada. Asimismo, se debe aligerar la carga de la prueba a la víctima, en el sentido de no exigirle la evidencia de una conducta culpable del demandado —es decir, acreditar que el centro asistencial ha omitido los controles y procedimientos requeridos para la transfusión de sangre— y partir de la certeza de la infección de la sangre, de la que resulta su defectuosidad y su estado “no idóneo” para la salud del transfundido.

Puede notarse que se abre una vía jurisprudencial para una posible aplicación del régimen de responsabilidad por producto defectuoso a los casos de daños derivados de transfusión de sangre. En virtud de ella, dadas las características del especial supuesto de responsabilidad que ha permitido el notable desarrollo de la institución de la responsabilidad civil en el plano del derecho comparado, se desprende que se facilita la responsabilidad solidaria de los entes que intervienen en la circulación de la sangre, sea en el suministro o en la transfusión.

Del mismo modo, se puede apreciar que, para estos casos, no debe persistirse en la aplicación de la culpa como el fundamento de imputación de responsabilidad, sino en que el camino indemnizatorio debe encontrarse a partir del abandono de dicho criterio de imputación. En esta línea, cabe determinar el supuesto de responsabilidad de acuerdo con elementos de juicio que provienen de la responsabilidad objetiva, en particular, del riesgo o del supuesto de responsabilidad derivada de producto defectuoso. Se augura proseguir en el tratamiento de este tema que toca las más profundas preocupaciones por la salud del paciente.

En cuanto al tratamiento del VIH, tema de vivo interés en las políticas públicas de salud de los Estados, se subraya lo siguiente:

El presente estudio dedicó su atención al análisis del VIH y al conflicto armado en Colombia. Resaltó la importancia del enfoque de los derechos humanos frente al riesgo inherente que representa la sangre y su potencialidad para la transmisión de enfermedades. La OPS (2013) reveló, en un estudio realizado en la subregión andina, que la mayoría de países del sector no cuenta con tal enfoque de derechos humanos, accesibilidad e inclusión en su legislación. De esa manera, la revisión desarrollada en esta sede se encuentra en línea con las necesidades de tratamiento del problema que se exigen en las instancias internacionales de la salud.

Pese a disipar las teorías alarmistas que indicaban que la epidemia del VIH/sida pondría en riesgo la seguridad internacional, el seguimiento a varios conflictos armados en el mundo ha demostrado que estos sí afectan la expansión de la epidemia entre las poblaciones más vulnerables. Además, se confirma que las condiciones de crisis humanitaria de dichos conflictos se exacerban, a causa de los factores de abuso sexual a mujeres y niños dentro de los campos de refugiados o dentro de las grandes movilizaciones de personas en desplazamiento forzado.

La pobreza y la escasez de bienes y servicios para la población civil impulsan la ocurrencia de situaciones de riesgo de contagio. En efecto, la inseguridad alimentaria es uno de los mayores factores de riesgo del crecimiento de la explotación sexual.

Otra importante conclusión se encuentra en alto índice de contagios en los períodos posbélicos. Ello se debe a las circunstancias que rodean la situación de pobreza y decadencia económica, a la escasa cobertura en salud y de prevención de la infección, al aislamiento de ciertas poblaciones ubicadas en las zonas de

conflicto a las que era imposible acceder y que no contaban con reportes de contagio y al retorno de grandes grupos de desplazados forzados, calificados como de alto riesgo de contagio. A estas situaciones de grave descomposición social, que propician el caldo de cultivo para una expansión de la epidemia, se agregan los procesos de desarme, desmovilización y reintegración (DDR) de combatientes portadores del virus que van a integrarse a comunidades y familias, lo que las pondría en inminente riesgo de contagio.

Los conflictos de largo aliento también han demostrado la vulnerabilidad latente de las mujeres, sobre todo aquellos que han sobrepasado décadas de permanencia como el colombiano. Esto ha llevado a una degradación del respeto sexual por la mujer y los niños y a configurar un vector de expansión de la epidemia.

Luego de algo más de sesenta años, Colombia ha descuidado el control de la epidemia en zonas que han recibido un alto impacto del conflicto armado. Apenas en el Plan nacional de salud para los años 2012-2020 se incorporó a las víctimas de este, con especial interés en la población que sufrió desplazamiento forzado —que abarca unos 7 millones de personas esparcidas por todo el territorio colombiano desde hace algo más de tres décadas—. De ella se reportan solo 718 casos, pero por las condiciones mencionadas podría creerse que hay un subregistro.

Las Fuerzas Armadas han sido calificadas como población de alto riesgo de contagio y de expansión; sin embargo, los índices de contagio del VIH/sida son desconocidos y, por lo mismo, no tratados o descuidados por los altos mandos.

Tras la firma de los acuerdos de paz con la guerrilla de las FARC-EP, Colombia enfrenta el proceso de desarme, desmovilización y reintegración (DDR) de 7.000 hombres y mujeres. Aquí se han señalado los riesgos de expansión de la epidemia del VIH/sida en las circunstancias de posconflicto. Esperamos que sean escuchadas las advertencias y que la implementación del programa de DDR incorpore los cambios que no fueron adoptados en otras latitudes y profundizaron las circunstancias de un país que sale de la guerra.

El modelo de aseguramiento en salud implica una serie de exigencias para la garantía integral de este derecho fundamental que incluye la prevención, la atención y la rehabilitación integral. Así las cosas, un principio como el de integralidad establece las prestaciones, los beneficios y los derechos a los que se debe tener acceso, así como las condiciones de los mismos, con mayor importancia de los casos de contagio de VIH por hemotransfusión.

Aspectos como la continuidad, la oportunidad, la disponibilidad, la accesibilidad, las redes y la prestación de servicios de salud son esenciales para definir los lineamientos del principio de integralidad y garantizar los derechos de la población vulnerable.

Resulta evidente que si bien los procedimientos, medicamentos e insumos contenidos en la lista del plan obligatorio de salud (POS) cubren ciertas contingencias según el riesgo de la población, no se garantiza, *per se*, el cumplimiento del principio de integralidad, pues deben articularse con las condiciones y los servicios requeridos.

Entonces, aunque el POS no puede traducirse en el principio de integralidad, las inclusiones que se hagan a la lista abren una puerta hacia la garantía de los derechos de las personas. En otras palabras, el hecho de que un determinado procedimiento se encuentre en el POS no garantiza que se brinden las prestaciones, pero sí abre una puerta a las demandas por tutela del derecho a la salud. La Ley estatutaria de salud enfrenta nuevos retos en esta materia.

Por otro lado, los protocolos de prevención de contaminación de la sangre no siempre son suficientes para prevenir el contagio por transfusión; de tal manera, el paciente permanece expuesto al riesgo, como lo evidencia la incidencia global que sigue mostrando cifras importantes, aunque deberían llegar a cero.

Ahora bien, los pacientes con VIH no tienen un carácter representativo en nuestro país, porque presenta menores índices de ocurrencia en comparación con otros países. No obstante, las personas que padecen esta enfermedad se ven expuestas a una mayor vulneración de sus derechos con base en dos premisas fundamentales: la primera, que se trata de una enfermedad no recuperable, por lo que el manejo médico versa sobre el mantenimiento de la calidad de vida y no su curación, lo que permite una orientación diversa en materia de rehabilitación.

Por otra parte, se trata de una población objeto de discriminación por su condición. Por eso, es preciso garantizar la adherencia al tratamiento, lo cual no solo se logra con el suministro de los insumos y medicamentos necesarios, sino también con un abordaje especial tendiente a otorgarle un trato diferenciado. La responsabilidad de los profesionales y las entidades involucrados en este proceso puede verse disminuida por los altos controles que se tienen en este proceso, al tratarse de una obligación de medios de generar todas las medidas posibles por evitar el contagio y no de una eliminación absoluta del mismo.

Estos procedimientos y el complejo modelo de salud imponen al paciente cargas adicionales que pueden provocar actuaciones que desvían los fines del sistema, como el abuso del derecho por parte de algunos pacientes, que inciden en el correcto uso de los recursos en salud.

REFERENCIAS

- Agencia de la ONU para los Refugiados [Acnur]. (2006). *Nota sobre VIH y sida y la protección de los refugiados, los desplazados internos y otras personas de la competencia del ACNUR*. Recuperado de http://www.acnur.es/PDF/8129_20120511135013.pdf
- Allain, J. P. (2000). Genomic Screening for Blood-Borne Viruses in Transfusion Settings. *Clinical & Laboratory Haematology*, 22(1), 1-10.
- Alpa, G., Carnevali, U. y Di Giovanni, F. (1990). *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*. Milán: Giuffrè.
- Álvarez, D. B. M., González, D. R., Hernández, S. J. y Oyonarte, G. S. (2005). Residual Risk of Transfusion-Transmitted Viral Infections in Spain, 1997-2002, and Impact of Nucleic Acid Testing. *Euro Surveillace: Bulletin Europeen sur les maladies transmissibles*, 10(2), 20-22.
- Arbeláez, M. (2006). *Derecho a la salud en Colombia: el acceso a los servicios del Sistema general de seguridad social en salud*. Bogotá: Centro de Investigación y Educación Popular Cinep.
- Asociación Argentina de Hemoterapia e Inmunohematología. (1999). El escándalo de la sangre en Francia. *Revista Argentina de Transfusión*, 25(1), 3-4.
- Baker, A. (1991). Liability without Fault and the AIDS Plague Compel a New Approach to Cases of Transfusion-Transmitted Disease. *Specialty Law Digest. Health Care* (150), 7-40.
- Baldwin, S. (2016). *Product Liability Case Digest. 2016-2017*. Nueva York: Wolters Kluwer.
- Ballester, J. M., Rivero, R. A., Villaescusa, R., Merlin, J. C., Arce, A. A., Castillo, D., Lam, R. M. et al. (2005). Hepatitis C Virus Antibodies and Other Markers of Blood-Transfusion-Transmitted Infection in Multi-Transfused Cuban Patients. *Journal of Clinical Virology*, 34, S39-S46.

- Banco Mundial. (2013). *Enfrentar el desafío: el Banco Mundial y el VIH/sida*. Recuperado de <http://www.bancomundial.org/es/results/2013/04/03/hivaids-sector-results-profile>
- Barbara, J. (1997). Nuevos agentes con potencial significación en microbiología transfusional. *Revista Argentina de Transfusión*, 23(4), 251-257.
- Barbolla, M. L. (2005). Contaminación bacteriana de los componentes sanguíneos: métodos de estudio y prevención. *Revista Argentina de Transfusión*, 31(1/2), 31-33.
- Barbolla, M. L. y González-Fraile, M. I. (2005). Prevención de enfermedades virales transmisibles por transfusión: inactivación viral del plasma. *Revista Argentina de Transfusión*, 31(1/2), 24-30.
- Barengi, A. (1994). Brevi note in tema di responsabilità per danni da emoderivati difettosi tra 'obiter dicta' e regole giurisprudenziali. *Giustizia Civile*, I, 1041-1049.
- Belda, J., Rodríguez, A. y Díaz, M. (1996). Seguridad en la sangre y hemoderivados. En M. Díaz Llopis, M. (ed.), *Sida en oftalmología* (pp. 119-122). Madrid: Tecnimedia.
- Bettati, C. (1993). *Responsables et coupables. Une affaire de sang*. París: Seuil.
- Burscato, A. (1964). Torts-Liability of Charitable Blood Bank Furnishing Wrong Blood Type. *Louisiana Law Review*, 24(2), 423-428.
- Busato, A. (1994). I danni da emoderivati: le diverse forme di tutela. *Giustizia Civile*, I, 1037-1041.
- Busnelli, F. (1976). Nuove frontiere della responsabilità civile. *Jus Civile*, 41-54.
- Cafaggi, F. (1996). *Profili di relazionalità della colpa. Contributo ad una teoria della responsabilità extracontrattuale*. Padua: Cedam.
- Calabresi, G. (1970). *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. New Haven: Yale University Press.
- Calabresi, G. y Bobbit, P. (1978). *Tragic Choices*. Nueva York: W. W. Norton & Company.
- Calabresi, G. y Hirschhoff, J. T. (1982). Toward a Test for Strict Liability in Torts. *The Yale Law Journal*, 81(6), 1055-1089.
- Carballo, M., Clerisme, C., Harris, B., Kayembe, P., Serdarevic, F. y Small, A. (2010). Transition post-conflictuelle et VIH. *Revue Migrations Forcées* (supl. especial), 20-22.
- Carnevali, U. (1989). Nuove frontiere della responsabilità del produttore: farmaci difettosi e prevenzione del rischio. *Responsabilità civile e previdenza*, 186-195.
- Center for Disease Control. (1982). Possible Transfusión-Associated Acquired Immune Deficiency Síndrome (AIDS). *Morbidity & Mortality Weekly Rep*, 3, 652-653.
- Center for Disease Control. (1988). AIDS Due to HIV-2 Infections-New Jersey. *Morbidity & Mortality Weekly Rep*, 37, 33.
- Cifuentes, S. (2008). *Derechos personalísimos*. (2a ed.). Buenos Aires: Astrea.

•Referencias•

- Colombia, Congreso de la República. (1993). *Ley 100 de 1993*, “Por la cual se crea el Sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”. Bogotá: *Diario Oficial No. 41.148*, diciembre 23 de 1993.
- Colombia, Congreso de la República. (2011). *Ley 1480 de 2011*, “Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones”. Bogotá: *Diario Oficial No. 48.220*, octubre 12 de 2011.
- Colombia, Consejo de Estado. (1997). *Sentencia del 11 de septiembre de 1997, exp. 11.764*. M. P. Carlos Betancur Jaramillo.
- Colombia, Consejo de Estado. (2004). *Sentencia del 29 de enero de 2004, radicación 25000-23-26-000-1995-00814(18273)*. M. P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.
- Colombia, Consejo de Estado. (2011). *Sentencia del 8 de junio de 2011, radicación 68001-23-15-000-1994-09829-01(17990)*. M. P. Gladys Agudelo Ordóñez.
- Colombia, Consejo de Estado. (2014). *Sentencia del 12 de noviembre de 2014, radicación 250002326000200301881 01*. M. P. Hernán Andrade Rincón.
- Colombia, Corte Constitucional. (2008). *Sentencia T-760 del 31 de julio de 2008*. M. P. Manuel José Cepeda Espinoza.
- Colombia, Corte Constitucional. (2012a). *Sentencia T-1041 del 3 de diciembre de 2012*. M. P. Nilson Pinilla.
- Colombia, Corte Constitucional. (2012b). *Sentencia T-464 del 21 de junio de 2012*. M. P. Jorge Iván Palacio.
- Colombia, Corte Constitucional. (2013). *Sentencia T-465 del 23 de julio de 2013*. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia. (2009). *Sentencia de Casación del 30 de abril de 2009, exp. 25899 3193 992 1999 00629 01*. M. P. Pedro Octavio Munar Cadena.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia. (2013). *Sentencia de Casación del 13 de septiembre de 2013, radicación 11001-3103-027-1998-37459-01*. M. P. Arturo Solarte Rodríguez.
- Colombia, Defensoría del Pueblo. (2015). *Sigue creciendo el número de tutelas en salud*. Recuperado de <http://www.defensoria.gov.co/es/nube/noticias/3414/Sigue-creciendo-el-n%C3%BAmero-de-tutelas-en-salud-Tutelas-salud-D%C3%ADa-Mundial-de-la-salud-justicia-Plan-Obligatorio-de-Salud-Fallos-de-tutela-Derechos-Humanos-EPS.htm>
- Colombia, Ministerio de Salud y Protección Social. (2011). *Política nacional de sangre*. Recuperado de <https://www.invima.gov.co/images/pdf/banco-de-sangre/politica/Politica-Nacional-de-Sangre.pdf>
- Colombia, Ministerio de Salud y Protección Social. (2014). *Informe GARPR-2014. Seguimiento de la Declaración de compromiso sobre el VIH/sida*. Recuperado de <http://www.unaids.org/sites/default/files/country/documents/file%2C94471%2Ces.pdf>

- Colombia, Ministerio de Salud y Protección Social. (2016). *Análisis de la situación de salud (ASIS) Colombia 2016*. Recuperado de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/ED/PSP/asis-colombia-2016.pdf>
- Colombia, Presidencia de la República. (1993). *Decreto 1571 de 1993*, “Por el cual se reglamenta parcialmente el Título IX de la Ley 09 de 1979”. Bogotá: *Diario Oficial No. 40.989*, 12 de agosto de 1993.
- Colombia, Presidencia de la República. (2007). *Decreto 3039 de 2007*, “Por el cual se adopta el Plan nacional de salud pública 2007-2010”. Bogotá: *Diario Oficial No. 46.716*, agosto 10 de 2007.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe [Cepal]. (2001). *20 años de VIH/sida*. Recuperado de <http://www.cepal.org/prensa/noticias/comunicados/7/7057/20anosdesidachart.pdf>
- Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR]. (2003, mayo). *La epidemia de VIH/sida y la atención médica en zonas de conflicto*. Recuperado de <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5teczq.htm>
- Consejo de las Comunidades Europeas. (1985). *Directiva 85/374/CEE de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos*. Bruselas: *Diario Oficial de las Comunidades Europeas No. L 210/29*, agosto 7 de 1985.
- Consejo Económico y Social [Ecosoc]. (1994). *Programa conjunto y de copatrocinio de las Naciones Unidas sobre el virus de inmunodeficiencia humana y el síndrome de inmunodeficiencia adquirida. Resolución No. 1994/24*. Recuperado de <http://www.un.org/es/aids/199424.pdf>
- Contreras, J. D. (2009). *Derecho y economía de la salud en Colombia*. Bogotá: Ediciones del Profesional.
- Cortés, A. (1994). Alternativas farmacológicas a las transfusiones de sangre y componentes. *Colombia Médica*, 25(2). Recuperado de <http://colombiamedica.univalle.edu.co/index.php/comedica/article/view/1795/2812>
- Cuenta de Alto Costo. (2015, diciembre 12). *Situación del VIH en Colombia 2015*. Recuperado de <https://cuentadealtocosto.org/site/images/Publicaciones/Situacio%CC%81n%20del%20VIH%20en%20Colombia%202015.pdf>
- Curran, J. W., Lawrence, D. N., Jaffe, H., Kaplan, J. E., Zyla, L. D., Chamberland, M. y Alexander, W. J. (1984). Acquired Immunodeficiency Syndrome (AIDS) Associated with Transfusions. *New England Journal of Medicine*, 310(2), 69-75.
- Daudel, R., Montagnier, L. y Benítez, M. (2003). *El sida: una explicación para comprender, un ensayo para reflexionar*. Ciudad de México: Siglo XXI.

•Referencias•

- De Waal, A., Klot, J., Mahajan, M., Huber, D., Frerks, G. y M'Boup, S. (2010). VIH/sida, sécurité et conflits : nouvelles réalités, nouvelles réponses. *Revue Migrations Forcées* (supl. esp.), 6-8.
- Delargy, P. y Klot, J. (2010). VIH/sida, sécurité et conflits: Que savons-nous? Comment avancer? *Revue Migrations Forcées* (supl. esp.), 30-31.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística [DANE]. (s. f.). *La población proyectada de Colombia es*. Recuperado de <http://www.dane.gov.co/reloj/>
- Di Costanzo, L. (1998). *Il danno da trasfusioni ed emoderivatti infetti*. Nápoles: Casa Editrice Dott, Eugenio Jovene.
- Dorney, L. (1994). Culpable Conduct with Impunity: The Blood Industry and the FDA's Responsibility for the Spread of AIDS through Blood Products. *The Journal of Pharmacy & Law* (3), 129, 130.
- Drake, A., Finkelstein, S. y Sapolsky, H. M. (1982). *The American Blood Supply: Issues and Policies of Blood Donation (Health and Public Policy)*. Cambridge: The MIT Press.
- Epstein, R. (1992). The Path to the T. J. Hooper: The Theory and History of Custom in the Law on Tort. *The Journal of Legal Studies*, 21(1), 1-38.
- España, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. (2011). *Normas y criterios comunes europeos para la inspección de centros de transfusión sanguínea que reflejan la buena práctica europea en el ámbito de calidad y seguridad de la sangre*. Frankfurt: Autor.
- Estébanes, P. (2002). *Exclusión social y salud. Balance y perspectivas*. Barcelona: Icaria.
- Fernández, C. (2016). *Derecho de la persona (13a ed.)*. Lima: Instituto Pacífico.
- Fondo de Población de las Naciones Unidas [UNFPA]. (s. f.) *Cómo trabajamos*. Recuperado de <http://www.unfpa.org/es/c%C3%B3mo-trabajamos>
- France 24. (2016). *L'ONU adopte une résolution qui s'attaque aux abus sexuels commis par des casques bleus*. Recuperado de <http://www.france24.com/fr/20160312-onu-adopte-resolution-attaque-abus-sexuels-commis-casques-bleus-centrafrique-rdc>
- Franklin, M. (1972). Tort Liability for Hepatitis: An Analysis and a Proposal. *Stanford Law Review*, 24(3), 439-480.
- Garzón, T. (2014). *El plan obligatorio de salud en Colombia y su rol en el cumplimiento del principio de integralidad en salud para las personas que padecen VIH*. Recuperado de <http://www.bdigital.unal.edu.co/11853/1/tarycuyanagarzonlandinez.2014.pdf>
- Ghestin, J. (1983). *Conformité et garantie dans le vente*. París: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Gil, E. J. (2013). *Responsabilidad extracontractual del Estado (6a ed.)*. Bogotá: Temis.
- Glied, S. (1996). Markets Matter: U. S. Responses to the HIV-Infected Blood Tragedy. *Virginia Law Review*, 82(8), 1493-1509.

- Gordon, D. (2001). *Plague upon Plague: Aids & Violent conflict in Africa*. Recuperado de Health and Human Service. (1985). "Dear Doctor letter", Feb. 19, 1985. Recuperado de <http://www.fda.gov/OHRMS/DOCKETS/98fr/102401c.pdf>
- Health and Human Service. (1985). "Dear Doctor letter", Feb. 19, 1985. Recuperado de <http://www.fda.gov/OHRMS/DOCKETS/98fr/102401c.pdf>
- Hillyer, C. (2007). *Blood Banking and Transfusion Medicine*. Filadelfia: Churchill Livingstone.
- Huff, J. (1999). *Liability of Hospital and Staff for Blood Banks, Infection Control and Pharmacy Errors*. Recuperado de http://www.kilpatricktownsend.com/en/Knowledge_Center/Publications/Articles/1999/11/LiabilityofHospitalandStaffforBloodBanksInfectionControlandPharmacyErrors.aspx
- Human Rights Watch. (2016, marzo 8). *ONU: es necesario acabar con los abusos sexuales cometidos por las tropas de paz*. Recuperado de <https://www.hrw.org/es/news/2016/03/08/onu-es-necesario-acabar-con-los-abusos-sexuales-cometidos-por-las-tropas-de-paz>
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2003). *Promoción y defensa del derecho a la igualdad, justicia, desarrollo y respeto para las personas que viven con VIH/sida*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Instituto Nacional de Salud [INS]. (2016a). *Boletín epidemiológico semanal-BES 2016*. Recuperado de <http://www.ins.gov.co/boletin-epidemiologico/Boletin%20Epidemiologico/2016%20Boletin%20epidemiologico%20semana%2043.pdf>
- Instituto Nacional de Salud [INS]. (2016b). *Vigilancia rutinaria*. Recuperado de <http://www.ins.gov.co/lineas-de-accion/Subdireccion-Vigilancia/sivigila/Paginas/vigilancia-rutinaria.aspx>
- Internal Displacement Monitoring Center [IDMC]. (2015). *IDMC Country*. Recuperado de <http://www.internal-displacement.org/database/country/?iso3=col>
- Italia, Ministero della Sanità. (1991). *Decreto 15 gennaio 1991*, "Protocolli per l'accertamento della idoneità del donatore di sangue ed emoderivati". Roma: *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, Serie Generale No. 20, 24 de enero de 1991.
- Izzo, U. (2007). *La precauzione nella responsabilità civile*. Padua: Cedam.
- Jaramillo, I. (1999). *El futuro de la salud en Colombia. Ley 100 de 1993: cinco años después*. Bogotá: Fundación para la Educación Superior FES.
- Jourdain, P. (1992). L'obligation de sécurité (à propos de quelques arrêts récents). *Gazette du Palais*, 2, 427.
- Kelly, J. (1994). The Liability of Blood Banks and Manufacturers of Clotting Products to Recipients of HIV-Infected Blood: A Comparison of the Law and Reaction in the United States, Canada, Great Britain, Ireland, and Australia. *The John Marshall Law Review*, 27(2), 465-491.
- Kenny, L., Carballo, M. y Bergmann, T. (2010). L'invisibilité des populations mobiles vulnérables. *Revue Migrations Forcées* (supl. esp.), 3-4.

•Referencias•

- Kotler, M. (1988). Motivation and Tort Law: Acting for Economic Gain and Suspect Motive. *Vanderbilt Law Review*, 41(1), 63-67.
- Landes, W. y Posner, R. (1987). *The Economic Structure of Tort Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- Lorenzetti, R. (1997). *Responsabilidad civil de los médicos. Tomo II*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Malagón, J. N. (2011). VIH/sida en Colombia: análisis de la relación entre la desigualdad social, salud y conflicto armado 2002-2008. *Investigación y Desarrollo*, 19(2), 254-275.
- Malizia, E. y Ponti, H. (1994). *L'AIDS*. Roma: Newton Compton.
- Marcucci, C., Madjdpour, C. y Spahn, D. (2004). Allogeneic Blood Transfusions Benefit, Risks and Clinical Indications in Countries with a Low or High Human Development Index. *British Medical Bulletin*, 31(70), 15-28.
- Markesinis, B. y Unberath, H. (2002). *The German Law of Torts. A Comparative Treatise*. Oregon: Hart Publishing.
- Marmor, T., Dillon, P. y Scher, S. (1999). The Comparative Politics of Contaminated Blood: From Hesitancy to Scandal. En R. Bayer y E. Feldman (eds.), *Blood Feuds: AIDS, Blood and the Politics of Medical Disaster* (pp. 293-321). Nueva York: Oxford University Press.
- Marwah, P., Delargy, P. y Tabac, L. (2010). Désarmement, démobilisation et réintégration: opportunités à saisir en situation post-conflit. *Revue Migrations Forcées* (supl. esp.), 12-14.
- Mateos, O., Urgell, J. y Vilellas, M. (s. f.). *La relación entre VIH/sida, conflictos armados y crisis humanitarias: ¿El huevo o la gallina?* Recuperado de <http://escolapau.uab.cat/img/programas/alerta/articulos/04articulo009.pdf>
- Ministerio de Salud y Protección Social y Onusida. (2014). *Plan nacional de respuesta ante las ITS-VIH/sida Colombia 2014-2017*. Bogotá: Autor.
- Miranda, O. y Nápoles, M. (2009). Historia y teorías de la aparición del virus de la inmunodeficiencia humana. *Revista Cubana de Medicina Militar*, 38(3-4). Recuperado de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0138-65572009000300007&lng=es&tlng=es
- Nelkin, D. (1999). Cultural Perspectives on Blood. En E. Feldman y R. Bayer (eds.), *Blood Feuds: AIDS, Blood and the Politics of Medical Disaster* (pp. 274-292). Nueva York: Oxford.
- Núñez, C. y Hurtado I. (2015). *El desplazamiento forzado en Colombia: la huella del conflicto*. Recuperado de <http://www.codhes.org/images/Articulos/AnalisisSituacionalfinal.pdf>
- ONU Mujeres. (s. f.). *Qué hacemos: VIH y sida*. Recuperado de <http://www.unwomen.org/es/what-we-do/hiv-and-aids>
- Onusida. (2008). *Unaids: The First 10 Years 1996-2006*. Recuperado de http://data.unaids.org/pub/Report/2008/JC1579_First_10_years_en.pdf

- Onusida. (2010). *Onusida I. Estrategia 2011-2015 llegar a cero*. Recuperado de http://files.unaids.org/en/media/unaids/contentassets/documents/unaidspublication/2010/JC2034_UNAIDS_Strategy_es.pdf
- Onusida. (2011a). *Orientaciones terminológicas de Onusida. Versión revisada octubre 2011*. Recuperado de http://files.unaids.org/en/media/unaids/contentassets/documents/unaidspublication/2011/JC2118_terminology-guidelines_es.pdf
- Onusida. (2011b). *Principales resultados globales. 30 años del sida: las Naciones Unidas en la encrucijada*. Recuperado de http://files.unaids.org/en/media/unaids/contentassets/restore/AIDS30_KEY_FINDINGS_es.pdf
- Onusida. (2014). *Fast-Track Ending the AIDS Epidemic by 2030*. Recuperado de http://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/JC2686_WAD2014report_es
- Onusida. (2015a). *OLD Estrategia de Onusida*. Recuperado de <http://www.unaids.org/es/aboutunaids/unaidsstrategygoalsby2015>
- Onusida. (2015b). *Conjunto de herramientas de estrategia de incidencia*. Recuperado de http://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/advocacy_toolkit_es.pdf
- Onusida. (2016a). *Acerca de Onusida*. Recuperado de <http://onusidalac.org/1/index.php/acerca-de-onusida>
- Onusida. (2016b). *Uniendo al mundo contra el sida. Carta de Peter Piot, director ejecutivo de Onusida*. Recuperado de http://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/jc1295_overview_broch_es_0.pdf
- Onusida. (2016c). *Estadísticas mundiales*. http://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/UNAIDS_FactSheet_es.pdf
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (s. f.). *Misión e impacto de la OIT*. Recuperado de <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/lang-es/index.htm>
- Organización Mundial de la Salud [OMS]. (2013). *Directrices unificadas sobre el uso de medicamentos antirretrovíricos para el tratamiento y la prevención de la infección por VIH*. Londres: Autor.
- Organización Mundial de la Salud [OMS]. (2015). *Disponibilidad y seguridad de la sangre a nivel mundial*. Recuperado de <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs279/es/>
- Organización Panamericana de la Salud [OPS]. (2012). *Situación del estado de suministro de sangre segura en los países de la subregión andina, 2009 a 2012*. Recuperado de http://www.orasconhu.org/sites/default/files/files/Sangre%20Segura-Subregion%20Andina%20%202012%20_2_.pdf
- Organización Panamericana de la Salud [OPS]. (s. f.). *Situación del estado de suministro de sangre segura en los países de la subregión andina, 2009 a 2012*. Recuperado de http://www.orasconhu.org/sites/default/files/files/Sangre%20Segura-Subregion%20Andina%20%202012%20_2_.pdf

•Referencias•

- Page, A. (1983). Generic Product Risks: The Case against Comment k and for Strict Liability. *New York University Law Review*, 58, 853-891.
- Parlamento Europeo y Consejo. (2001). *Directiva 2001/95/CE relativa a la seguridad general de los productos*. Bruselas: *Diario Oficial de las Comunidades Europeas No. L 11/4*, diciembre 3 de 2001.
- Pascoalotto, T. (2014). *Responsabilidade civil preventiva*. São Paulo: Malheriros Editores.
- Perú, Congreso de la República. (2010). *Ley 29571 de 2010*, “Por la cual se aprueba el Código de Protección y Defensa del Consumidor”. Lima: *El Peruano No. 424.840*, septiembre 2 de 2010.
- Perú, Ministerio de Salud. (1995). *Decreto Supremo 03-95-SA*, “Por el cual se aprueba el Reglamento de la Ley 26454”. Lima: *El Peruano*, julio 28 de 1995.
- Perú, Presidencia de la República. (1984). *Decreto Legislativo 295*, “Por el cual se promulga el Código Civil aprobado por la Comisión Revisora creada por Ley 23403”. Lima: *El Peruano*, 25 de julio de 1984.
- Ponzanelli, G. (1992). *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*. Boloña: Il Mulino.
- Priest, G. (1985). The Invention of Enterprise Liability: A Critical History of the Intellectual Foundations of Modern Tort Law. *The Journal of Legal Studies*, 14(3), 461-527.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo [PNUD]. (2015). *Objetivos de desarrollo del milenio. Colombia 2015*. Recuperado de <http://www.co.undp.org/content/colombia/es/home/library/mdg/objetivos-de-desarrollo-del-milenio-colombia-2015.html>
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo [PNUD]. (s. f.). *VIH/sida*. Recuperado de <http://www.undp.org/content/undp/es/home/ourwork/hiv-aids/overview.html>
- Programa Mundial de Alimentos. (2003). *Dar esperanzas a una generación*. Recuperado de http://documents.wfp.org/stellent/groups/public/documents/liaison_offices/wfp065783.pdf
- Quinche, M. (2009). *Derecho Constitucional colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas (3a ed.)*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Quintero, D. P. (2011). *La salud como derecho. Estudio comparado sobre grupos vulnerables*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Rabin, R. (1989). *Deterrence and the Tort System*. En M. L. Frieland (ed.), *Sanctions and Rewards in the Legal System: A Multidisciplinary Approach*. Toronto: University of Toronto Press.
- Reimann, M. (2003). *Liability for Defective Products at the Beginning of the Twenty-First Century: Emergence of a Worldwide Standard*. *The American Journal of Comparative Law*, 51(4), 751-838.
- Rock, A. (1986, marzo). Inside the Billion-Dollar Business of Blood. *Money Magazine*, 153-172.
- Rodière, R. (1955). Nota a sentencia de Casac. Civ., 2me Ch., 17 de diciembre de 1954. *Dalloz*, 269.

- Rodotà, S. (1964). *Il problema della responsabilità civile*. Milán: Giuffrè.
- Romero, G. M. (1994). Aspectos jurídicos relacionados con la infección por el VIH. *Revista de Nuestra Señora del Rosario*, 87(565), 83-87.
- Savatier, R. (1954). De sanguine jus. *Recueil Dalloz. Chronique*, 141-146.
- Schwartz, G. (1994). Reality in the Economic Analysis: Does Tort Law Really Deter? *UCLA Law Review*, 42, 383-384.
- Scott, S. y Freeman, R. (1992). Prevention as a Problem of Modernity: The Example of HIV and AIDS. En J. Gabe (ed.), *Medicine, Health and Risks. Sociological Approaches* (pp. 151-170). Cambridge: Blackwell Publishers.
- Shapo, M. (2012). *Shapo on the Law of Products Liability*. Nueva York: Wolters Kluwer law & Business.
- Shuck, P. (1991). Introduction: The Context of the Controversy. En Autor (ed.), *Tort Law and the Public Interest. Competition, Innovation, and Consumer Welfare* (pp. 4-10). Nueva York: Norton.
- Smith, J. (2005). *Hospital Liability*. Nueva York: Law Journal Press.
- Spiegel, P. (2010). Le VIH dans les situations d'urgence-beaucoup a été fait, beaucoup reste encore à faire. *Revue Migrations Forcées* (supl. esp.), 8-9.
- Stanzione, P. (1986). *Studi di Diritto Civile*. Nápoles: Edizioni scientifiche italiane.
- Stapleton, J. (1994). *Product Liability*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Starr, D. (1998). *Blood. An Epic History of Medicine and Commerce*. Nueva York: Alfred A. Knopf.
- Stefan, M. (1999). The Nation's Blood: Medicine, Justice, and the State in France. En E. A. Feldman y R. Bayer (eds.), *Blood Feuds. AIDS, Blood, and the Politics of Medical Disaster* (pp. 95-126). Nueva York: Oxford University Press.
- Suárez, E., De Freitas, H., Hannaoui, E. y Gómez, L. (2007). Prevalencia de enfermedades infecciosas de transmisión sanguínea en donantes que asisten al Banco de Sangre del Hospital Universitario Antonio Patricio de Alcalá, Cumaná, Estado Sucre. *Kasmera*, 35(1), 56-64.
- Tejerina, L., González, A. y Cabrera, W. (s. f.). *Infecciones por transmisión transfusional*. Recuperado de <http://www.ops.org.bo/textocompleto/ntrans32443.pdf>
- Traynor, R. (1964). The Ways and Meanings of Defective Products and Strict Liability. *Tennessee Law Review*, 32, 363-376.
- Trimarchi, P. (1961). *Rischio e responsabilità oggettiva*. Milán: Giuffrè.
- Unesco. (2009). *¿Qué es la Unesco? ¿Qué hace?* Recuperado de <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001473/147330s.pdf>
- Unicef. (s. f.). *Quiénes somos*. Recuperado de <https://www.unicef.org/spanish/about/>

•Referencias•

- Useche, B., Alzate, M. L. y Arrivillaga, M. (2009). Políticas públicas, sistema de salud y mujeres con VIH/SIDA en Colombia: un análisis crítico. *Revista Gerencia y Políticas de Salud*, 8(16), 57-71.
- Varela, M. T., Salazar, I. C. y Correa, D. (2008). Adherencia al tratamiento en la infección por VIH/sida. *Acta Colombiana de Psicología*, 11(2), 101-113.
- Westfall, P. (1986). Hepatitis, AIDS and Blood Product Exemption from Strict Products Liability in California: A Reassessment. *Hastings Law Journal*, 37(6), 1101-1132.
- White, G. (1985). *Tort Law in America: An Intellectual History*. Nueva York: Oxford.
- Wierzba, S. (1999). El “affaire de la sangre contaminada” en Francia. *Revista Argentina de Transfusión*, 25(1), 5-12.
- Woolcott, O. (1999). Causalità e danno da prodotti difettosi. A proposito dei casi DES negli Stati Uniti. En G. Visintini (ed.), *I fatti illeciti III. Causalità e danno* (pp. 866-880). Padua: Cedam.
- Woolcott, O. (2007). *La responsabilidad del productor*. Bogotá: Ibáñez.
- Zeno-Zencovich, V. (1994). *La sorte del paziente: la responsabilità del medico per l'errore diagnostico*. Padua: Cedam.

Anexo 1. Copatrocinadores de Onusida

Organización	Objetivo general de la lucha contra el sida
Oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados (Acnur)	<p>La Convención de 1951 le otorga como mandato principal garantizar la protección internacional de las personas refugiadas y apátridas en el mundo. “[...] la política del Acnur con respecto al sida y la protección a los refugiados, los desplazados internos y otras personas de interés, está fielmente arraigada en el principio de que los derechos humanos subyacen a todos los aspectos de la labor de protección internacional que realiza el Acnur” (Acnur, 2006, p. 3). Obedece a diez principios:</p> <ol style="list-style-type: none">1. No discriminación.2. Acceso a la asistencia médica para el VIH/sida.3. Acceso a los procedimientos de asilo y a la protección contra la expulsión y devolución, es decir, su condición de portadores de VIH/sida no debe ser impedimento para un solicitante de asilo.4. Protección contra la detención arbitraria y las restricciones ilegales a libertad de movimiento.5. Respeto a la confidencialidad.6. Asesoramiento y pruebas voluntarias.7. No deben practicarse pruebas obligatorias.8. Acceso a soluciones duraderas.9. Protección a mujeres y niños.10. Acceso a la información.

Organización	Objetivo general de la lucha contra el sida
Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef)	<p>“[...] es el principal organismo humanitario y de desarrollo dedicado a la promoción y defensa de los derechos de todos los niños del mundo” (Unicef, s. f.). Su trabajo en cuanto al VIH/sida se enfoca en apoyar cuatro áreas: prevención, atención, tratamiento y protección durante el embarazo, la infancia, la adolescencia y la juventud. Incluye tanto a mamás como hijos. Unicef denomina esas cuatro áreas como las 4P:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Prevenir la transmisión del VIH de la madre al hijo. 2. Proporcionar tratamiento pediátrico. 3. Prevenir la infección entre adolescentes y jóvenes. 4. Proteger y apoyar a los niños afectados por el sida.
Programa mundial de alimentos (PMA)	<p>Es el principal órgano en cuanto a la lucha contra el hambre mundial. Su relación con la erradicación del VIH es la prolongación de una vida sana de las personas que viven con VIH por medio del apoyo nutricional, pues una buena nutrición es fundamental para la salud y la supervivencia de estas personas. James T. Morris, director ejecutivo del PMA, expresa: “Las terapias existentes exigen una nutrición correcta. Una alimentación adecuada es indispensable para prolongar la vida de los progenitores y permitirles contar con algunas preciosas semanas, meses o incluso años adicionales para trabajar y dedicar tiempo a su familia. Tal vez nosotros no podamos infundirles esperanza de cura, pero podemos darles tiempo” (Programa Mundial de Alimentos, 2003, p. 3).</p>
Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo (PNUD)	<p>Trabaja en la erradicación de la pobreza y la reducción de las desigualdades y la exclusión. Busca el crecimiento inclusivo, mejores servicios, sostenibilidad ambiental y seguridad.</p> <p>“Como fundador y copatrocinador de Onusida, el PNUD trabaja con los países para comprender y responder a las dimensiones de desarrollo del VIH y de la salud en general” (Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo, s. f.). Dirige su respuesta en tres áreas:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La relación entre el sida y el desarrollo humano. 2. Refuerza la capacidad de los Gobiernos de administrar y coordinar la respuesta al sida de forma inclusiva. 3. Promoción de derechos humanos e igualdad de género.
Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA)	<p>Se orienta a “velar porque cada embarazo sea deseado, cada parto sea sin riesgos y cada persona joven alcance su pleno desarrollo” (Fondo de Población de las Naciones Unidas, s. f.). “La respuesta al sida es parte integrante de la misión del UNFPA de lograr acceso universal a la salud sexual y reproductiva y hacer efectivos los derechos humanos” (Fondo de Población de las Naciones Unidas, s. f.).</p>
Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito (UNODC)	<p>Fue creada para hacerse responsable de los temas de control de drogas, prevención del crimen y terrorismo internacional en el contexto del desarrollo sostenible y la seguridad humana. Respecto a la lucha contra el sida, lidera el control y la erradicación de la epidemia entre usuarios de drogas inyectables y quienes se encuentran en entornos carcelarios.</p>

Organización	Objetivo general de la lucha contra el sida
Organización Internacional del Trabajo (OIT)	La OIT “está consagrada a la promoción de la justicia social, de los derechos humanos y laborales reconocidos internacionalmente, persiguiendo su misión fundadora: la justicia social es esencial para la paz universal y permanente” (Organización Internacional del Trabajo, s. f.). Considera que el VIH es un asunto laboral de suma relevancia, en tanto es fuente de discriminación contra las personas portadores en los ambientes laborales, por lo que se atenta contra sus derechos laborales.
Organización de la Naciones Unidas para la educación, ciencia y cultura (Unesco)	La misión de la Unesco “obra por crear condiciones propicias para un diálogo entre las civilizaciones, las culturas y los pueblos fundado en el respeto de los valores comunes” (Unesco, 2009, p. 2). Sobre la respuesta al sida, está centrada en las poblaciones del entorno escolar.
Organización Mundial de la Salud (OMS) Organización Panamericana de la Salud (OPS)	Estos organismos se concentran en la ampliación rápida del tratamiento y de la atención, a la vez que aceleran la prevención y refuerzan los sistemas de salud para que la respuesta a la erradicación del virus sea eficaz.
Banco Mundial	Este organismo tiene dos objetivos: reducir la pobreza extrema a un 3 % o menos para 2030, y promover la prosperidad compartida y mayor equidad en el mundo en desarrollo. Mediante la financiación, el Banco Mundial responde a la lucha contra el VIH/sida y brinda su apoyo a los programas integrales. De manera específica, estimula el trabajo analítico en seis áreas: “1. Mayor eficiencia en la asignación de la ayuda, 2. Efectividad programática, 3. Estudios de eficacia, 4. Análisis de financiamiento, 5. Planificación estratégica nacional, 6. Financiación a través de donaciones y préstamos” (Banco Mundial, 2013).
ONU Mujeres	Tiene la función de “promover la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres” (ONU Mujeres, s. f.). ONU Mujeres tiene claro que la desigualdad de género puede ser un factor de expansión de la epidemia del VIH/sida, a causa de la desinformación, la falta de recursos y la poca participación de las mujeres a la hora de negociar prácticas de sexo más seguras, debidas a la desigualdad de la mujer respecto al hombre. ONU Mujeres centra su respuesta en el problema de la desigualdad. Incorpora una perspectiva de equidad de género y de derechos humanos a su labor con respecto al VIH y al sida. “Promovemos estrategias directamente con los factores que impulsan la epidemia, como la violencia contra las mujeres, la negación de los derechos legales y la participación limitada de las mujeres en la toma de decisiones. Nuestra estrategia más impotente es empoderar a las mujeres y garantizar sus derechos para que puedan protegerse contra la infección, superar el estigma y obtener un mayor acceso al tratamiento, la atención y la ayuda” (ONU Mujeres, s. f.).

Fuente: elaboración propia con base en Onusida (2016a)

Anexo 2. Reportes anuales de Onusida*

	2000	2005	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Personas que viven con VIH	28.9 millones (26.5 millones-31.7 millones)	31.8 millones (29.4 millones-34.5 millones)	33.3 millones (30.8 millones-36.1 millones)	33.9 millones (31.4 millones-36.7 millones)	34.5 millones (31.9 millones-37.4 millones)	35.2 millones (32.6 millones-38.1 millones)	35.9 millones (33.3 millones-38.9 millones)	36.7 millones (34 millones-39.8 millones)
Nuevas infecciones con VIH (total)	3.2 millones (2.9 millones-3.5 millones)	2.5 millones (2.3 millones-2.8 millones)	2.2 millones (2 millones-2.5 millones)	2.2 millones (1.9 millones-2.5 millones)	2.2 millones (1.9 millones-2.4 millones)	2.1 millones (1.9 millones-2.4 millones)	2.1 millones (1.9 millones-2.4 millones)	2.1 millones (1.8 millones-2.4 millones)
Nuevas infecciones por el VIH (+ 15)	2.7 millones (2.5 millones-3.0 millones)	2.1 millones (1.9 millones-2.3 millones)	1.9 millones (1.7 millones-2.1 millones)	1.9 millones (1.7 millones-2.2 millones)	1.9 millones (1.7 millones-2.2 millones)	1.9 millones (1.7 millones-2.2 millones)	1.9 millones (1.7 millones-2.2 millones)	1.9 millones (1.7 millones-2.2 millones)
Nuevas infecciones por el VIH en niños	490.000 (430.000-560.000)	450.000 (390.000-510.000)	290.000 (250.000-350.000)	270.000 (220.000-330.000)	230.000 (190.000-290.000)	200.000 (160.000-250.000)	160.000 (130.000-220.000)	150.000 (110.000-190.000)
Muertes relacionadas con el sida	1.5 millones (1.3 millones-1.8 millones)	2.0 millones (1.7 millones-2.3 millones)	1.5 millones (1.3 millones-1.7 millones)	1.4 millones (1.2 millones-1.7 millones)	1.4 millones (1.2 millones-1.6 millones)	1.3 millones (1.1 millones-1.5 millones)	1.2 millones (990.000-1.4 millones)	1.1 millones (940.000-1.3 millones)
Personas con acceso al tratamiento	770.000	2.2 millones	7.5 millones	9.1 millones	10.9 millones	12.9 millones	15.0 millones	17.0 millones
Recursos destinados al VIH (países de ingresos medios y bajos)	4.800 millones	9.400 millones	15.900 millones	18.300 millones	19.500 millones	19.600 millones	19.200 millones	19.000 millones

Fuente: Onusida (2016c, p. 6)

*Las cifras por fuera del paréntesis corresponden al promedio de los datos.

Anexo 3. Control de la epidemia del VIH/sida en Colombia 2000-2016 discriminado por sexo

Año	Total	Hombres	Mujeres
2000	3.151	2.441	704
2001	3.969	2.984	969
2002	4.670	3.406	1.211
2003	3.301	2.308	968
2004	4.265	3.011	1.223
2005	3.379	2.108	1.157
2006	5.055	3.466	1.502
2007	4.062	2.713	1.349
2008	6.275	4.349	1.926
2009	6.780	4.664	2.116
2010	5.382	3.774	1.603
2011	7.991	*	*
2012	8.195	*	*
2013	8.796	*	*
2014	10.093	*	*
2015	11.606	*	*
2016 (semana 41)	10.188	7.981	2.207

Fuente: INS (2016a)

*No se reportó información.

Anexo 4. Comportamiento del VIH en Colombia por áreas geográficas o departamento

Departamento	2016
Amazonas	19
Antioquia	1.746
Arauca	40
Atlántico (Barranquilla)	1.013
Bogotá	2.576
Bolívar (Cartagena)	795
Boyacá	109
Caldas	242
Caquetá	109
Casanare	132
Cauca	192
Cesar	268
Chocó	41
Córdoba	563

Departamento	2016
Cundinamarca	349
Guainía	4
Guaviare	19
Huila	177
La Guajira	169
Magdalena (Santa Marta)	417
Meta	261
Nariño	234
Norte de Santander	371
Putumayo	45
Quindío	318
Risaralda	331
San Andrés	6
Santander	389
Sucre	217
Tolima	253
Valle (Buenaventura)	1.411
Vaupés	1
Vichada	6
Total	12.823

Fuente: elaboración propia con base en Instituto Nacional de Salud (2016b)

Anexo 5. Elementos característicos de los planes para el control del VIH/sida en Colombia

Año	Plan	Elementos característicos
1987	Programa	Prevención, diagnóstico y vigilancia epidemiológica
1988	Plan nacional de prevención y control del sida	Educación continuada dirigida a personal de salud y a líderes de la comunidad. Promoción y educación de la comunidad. Investigaciones.
1990	Plan de mediano plazo entre 1991 y 1993	Vinculación de ETS/VIH/sida
1994	Plan intersectorial a mediano plazo	Sin referencias al aseguramiento. Coordinación intersectorial. Participación comunitaria. Descentralización. Promoción de sexualidad responsable.
2000	Plan estratégico nacional 2000-2003	Asistencia a las poblaciones más vulnerables. Movilización del sector privado. Actualización del marco legal sobre VIH/sida. Evaluación de acciones implementadas.

Año	Plan	Elementos característicos
2002	Plan nacional de salud	Política de salud sexual y reproductiva. Derechos humanos. Enfoque de equidad de género.
2002	Plan sectorial de salud 2002-2006	Mejorar capacidad operativa en los servicios de atención y acceso al diagnóstico y TAR. Metas del milenio y metas nacionales en materia de VIH/sida.
2004	Plan intersectorial de respuesta nacional 2004-2007	Monitoreo y evaluación de la Política nacional de salud sexual y reproductiva.
2006	Modelo de gestión programática en VIH/sida	Coordinación por parte de las entidades responsables del aseguramiento o que operan como administradoras de planes de beneficios. Contención de la epidemia del VIH. Detección temprana de la infección con VIH. Detención de la progresión de VIH a sida y la aparición de resistencias al TAR.
2008	Plan nacional de respuesta ante el VIH/sida 2008-2011	Articulación con el Plan nacional de desarrollo y con el Plan nacional de salud pública. Propósito: dar cumplimiento a las metas del milenio, en especial, mantener la prevalencia de infección en población general por debajo de un 1.2 % para 2015. Focalización de la atención en siete grupos específicos.

Fuente: Useche y otros autores (2009, p. 65)

Anexo 6. Regulaciones colombianas en materia de VIH/sida

Año	Regulaciones	Descripción
1991	Decreto 559 de 1991	Primera reglamentación sobre prevención y atención de la infección por VIH/sida en el país. Normas sobre la atención integral y sobre los deberes y derechos de los enfermos.
1997 (vigente)	Decreto 1543 de 1997	Creación del Consejo Nacional de Sida, con carácter permanente y adscrito al Ministerio de Salud.
1995	Sentencia T-271 Corte Constitucional de Colombia	Los enfermos de sida tienen derecho a atención médica integral, lo cual exige el suministro de la totalidad del tratamiento ordenado por el médico tratante.
1998	Sentencia T-271 Corte Constitucional de Colombia	Ordena el suministro de medicamentos a enfermos de sida que no han alcanzado a cotizar el número mínimo de semanas, en razón de la conexidad del derecho a la salud con el derecho a la vida.
1996	Sentencia SU-256 Corte Constitucional de Colombia	Obligación de no discriminar a las personas con VIH/ sida.

Año	Regulaciones	Descripción
2000	Acuerdo 117 de 2000 Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud	Definió al VIH/sida como una enfermedad de interés en salud pública que amerita atención y seguimiento especial; incluye enfermedades infecciosas cuyo manejo farmacológico requiere control estricto y secuencial, para evitar el desarrollo de resistencias.
1999 -2000	Sentencias T-398 de 1999 y T-1055 de 2000 Corte Constitucional de Colombia	El suministro de examen de carga viral no compromete la conexidad del derecho a la salud con el derecho a una vida digna; por ello, no es parte de lo justiciable mediante órdenes de tutela.
2000	Resolución 412 de febrero de 2000	Definió esquemas de diagnóstico y manejo integral del caso y su seguimiento. Incluyó la profilaxis y el tratamiento de infecciones oportunistas y otras entidades asociadas con el sida, así como los flujogramas de intervención y los esquemas farmacológicos requeridos para su manejo. Las guías, sin embargo, carecían de indicadores para evaluar el cumplimiento de las acciones previstas por las aseguradoras y los prestadores de servicios de salud.
2001	Sentencia C-647 de 2001 Corte Constitucional de Colombia	El Estado tiene la obligación de adoptar medidas encaminadas a prevenir y reducir la incidencia de las enfermedades de transmisión sexual —entre ellas, el VIH/ sida— y a proporcionar tratamiento para las mismas y sus complicaciones.
2001	Sentencia T-849 de 2001 Corte Constitucional de Colombia	En pacientes portadores del VIH, el examen de carga viral es necesario para un adecuado diagnóstico e indispensable para proteger el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida.
2001	Ley 715 de 2001	Crea el Sistema general de participaciones, que define los recursos y las competencias a escala nacional, departamental y municipal para la prestación de los servicios de salud y el desarrollo de las acciones de salud pública. Señaló responsabilidades de atención por escenario territorial, en particular en lo relacionado con la atención a la población sin recursos no asegurada.
2002	Sentencia T-1119 de 2002 Corte Constitucional de Colombia	Los portadores de VIH y enfermos de sida en situación de debilidad manifiesta cuentan con el derecho a recibir atención médica básica y a no ser objeto de trabas administrativas irrazonables en su ingreso al régimen subsidiado por medio del Sisbén.
2003	Acuerdo 245 de 2003 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS)	Determinó la necesidad de desarrollar guías de atención en salud que, aplicadas en el marco de un modelo de atención, lleven a alcanzar el mayor impacto positivo en la salud de los pacientes y a lograr mayor eficiencia en el manejo de los recursos, al definir los contenidos más efectivos, en términos de costos, para la atención de dichas patologías.

Año	Regulaciones	Descripción
2004	Acuerdo 282 de 2004 Ministerio de la Protección Social y Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud	Incluyó la determinación de la carga viral en el POS subsidiado y del incremento respectivo en la unidad de pago por capitación (UPC). Abarcó el listado de medicamentos del tratamiento retroviral que deben ser garantizados con cargo a la UPC de los regímenes contributivo y subsidiado.
2004	Acuerdo 245 de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social	Creó un mecanismo de redistribución del alto costo entre todas las aseguradoras del sistema, dado el proceso de selección adversa de afiliados que genera problemas financieros de sostenibilidad del tratamiento de pacientes.
2004	Circular 018 de 2004 Ministerio de la Protección Social	Estableció metas, actividades e indicadores de las acciones de estricto cumplimiento en el Plan de atención básica que las entidades del orden departamental, distrital y municipal deberían desarrollar durante las vigencias 2004-2007. Instituyó que las entidades territoriales deberían formular un plan de salud sexual y reproductiva que desarrolle sus principios orientadores y estrategias, y articule las intervenciones de los planes de beneficios alrededor de las siguientes líneas de intervención: maternidad segura, planificación familiar, salud sexual y reproductiva de adolescentes, cáncer de cuello uterino, infecciones de transmisión sexual y VIH/sida y violencia doméstica y sexual. El trabajo específico en ITS y VIH/sida debería contener acciones relacionadas con la promoción de factores protectores y prevención de riesgos, con el acceso de la población a la detección temprana y al tratamiento adecuado y al fortalecimiento de las acciones de vigilancia en salud pública.
2005	Ley 972 del 15 de julio de 2005	Fijó las normas para mejorar la atención de la población afectada por las llamadas enfermedades catastróficas. Declaró al VIH/sida como prioridad nacional y obligó al SGSSS a garantizar el suministro de los medicamentos, reactivos y demás insumos requeridos para su diagnóstico y tratamiento. Define sanciones a las aseguradoras o prestadoras de servicios que impongan barreras al acceso a la atención integral. Ratifica el compromiso internacional del país en la lucha contra el sida y declara el 1 de diciembre como día nacional de respuesta al VIH y al sida. En esa fecha se intensificarán acciones de información y mercadeo social, con el lema creado por los organismos internacionales para tal fin.

Fuente: Useche y otros autores (2009, p. 66)



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Editado por la Universidad Católica de Colombia
en marzo de 2017, impreso en papel propali-
bros de 75 g., en tipografía Times New Roman,
tamaño 11 pts.

Publicación digital
Hipertexto Ltda.

Impreso por:
Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A

Sapientia aedificavit sibi domum

Bogotá, D. C., Colombia

EL PROBLEMA DE
LAS TRANSFUSIONES
DE SANGRE Y LA
TRANSMISIÓN DEL VIH
REALIDAD Y RESPUESTAS DEL
DERECHO PARA LA PROTECCIÓN
DEL PACIENTE

8

La obra presenta un estudio de índole jurídico sobre el tema de las transfusiones de sangre y sus efectos en la salud del paciente cuando dan lugar a contagios de enfermedades. Si bien es cierto que el objeto de estudio concierne directamente a la práctica médica, al mismo tiempo, el problema es de interés social ya que todos somos potenciales pacientes que podemos requerir en algún momento de nuestras vidas una transfusión.

La investigación se centró en poner de relieve el carácter especialmente riesgoso de la sangre y todos sus derivados, a pesar de un estricto cumplimiento de los protocolos de calidad aplicados en los procedimientos específicos, y así, se pregunta por la situación de las eventuales víctimas de una transfusión debido a una transmisión de enfermedades, entre las cuales se hace énfasis en el VIH/sida. Se examina por una parte, los alcances que tiene la institución de la responsabilidad civil frente al problema a través del remedio indemnizatorio; por otra parte, se realiza una indagación sobre uno de los retos del proceso de desarme, desmovilización y reintegración de los grupos guerrilleros en Colombia: la expansión de la epidemia del VIH/sida en la etapa posbélica, pues el libro parte de la consideración de que el enfoque de derechos humanos es fundamental para abordar el problema de las víctimas contagiadas de VIH/sida. Por último, se abordan las implicaciones que tienen los contagios por transfusiones de sangre y las respuestas que se encuentran desde el sistema de seguridad social vigente en Colombia, lo que abre un abanico de reflexiones y propuestas frente al problema.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

